

Celso Maran de Oliveira
(organizador)

NOVOS DIREITOS
A interdisciplinaridade do Direito na
sociedade contemporânea

São Carlos – SP
CPOI
2017

© 2017 by Celso Maran de Oliveira (organizador)

Direitos dessa edição reservados à Comissão Permanente de Publicações

Oficiais e Institucionais – CPOI

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa da Editora.

Capa e Projeto Gráfico: Matheus Manzini

Editoração Eletrônica: Gráfica Carnicelli

Normalização: Maria Helena Sachi do Amaral

Dados internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

N945 Novos direitos : a interdisciplinaridade do
direito na sociedade contemporânea / Celso
Maran de Oliveira (organizador). - São
Carlos : CPOI/UFSCar, 2017.
255 p. : il. color. ; 21 cm

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-65621-02-1

1. Direito I. Oliveira, Celso Maran, org.

CDD 340



Reitor

Wanda Aparecida Machado Hoffmann

Comissão Editorial

Luzia Sigoli Fernandes Costa

Zaira Regina Zafalon

Vice-Reitor

Walter Libardi



Universidade Federal de São Carlos

Comissão Permanente de Publicações Oficiais e Institucionais

Via Washington Luís, km 235 . CEP: 13565-905 .

São Carlos, SP . Brasil

Telefone: (16) 3351-9472 (16) 3306-6900

<http://www.cpoi.ufscar.br> . E-mail: cpoi@ufscar.br

SUMÁRIO

Apresentação.....	5
Capítulo 1.....	7
O FIM DA GEOGRAFIA INSTITUCIONAL DO ESTADO. A “CRISE” DO ESTADO DE DIREITO!	7
<i>Jose Luis Bolzan de Moraes</i>	
Capítulo 2.....	29
POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS PARTICIPATIVAS: REFLEXÕES SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DAS CIDADES.....	29
<i>Celso Maran de Oliveira</i> <i>Elaine Cristina da Cunha Melnicky</i>	
Capítulo 3.....	47
REFLEXÕES SOBRE A PRÁTICA URBANA DOS DIREITOS: O DIREITO À CIDADE COMO DIREITO A TER DIREITOS	47
<i>Valerio Nitrato Izzo</i>	
Capítulo 4.....	67
AS MÚLTIPLAS GEOGRAFIAS DA JUSTIÇA NO SÉCULO XXI: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O QUE É HOJE O TRIBUNAL NO TERRITÓRIO E NO ESPAÇO	67
<i>Patrícia Branco</i>	
Capítulo 5.....	91
DIREITOS HUMANOS E PESSOA IDOSA DE BAIXA RENDA: PARCERIAS INTERDISCIPLINARES NO AVANÇO DA MORADIA ADEQUADA.....	91
<i>Luzia Cristina Antoniossi Monteiro</i> <i>Vania Aparecida Gurian Varoto</i> <i>Sara Corrêa Fattori</i> <i>Nayara Mendes Silva</i>	
Capítulo 6.....	111
REGULAÇÃO ECONÔMICA E O PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO.....	111
<i>Gustavo Assed Ferreira</i>	
Capítulo 7.....	125
O RECONHECIMENTO E CRIAÇÃO DOS “NOVOS DIREITOS” E OS DESAFIOS FINANCEIROS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO À LUZ DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM OS DIREITOS SOCIAIS....	125
<i>Carla Abrantkoski Rister</i>	
Capítulo 8.....	141
RESISTÊNCIAS, REIVINDICAÇÕES E DIREITOS SOCIAIS: REVISITANDO O CONSELHO NACIONAL DO TRABALHO (1930-1937) A PARTIR DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL	141

Rafael Lamera Giesta Cabral

Capítulo 9..... 165

INTERDISCIPLINARIDADES NO DIREITO DE FAMÍLIA:

APONTAMENTOS SOBRE FEMINISMO E GÊNERO 165

Cláudia Elisabeth Pozzi

Capítulo 10..... 195

ESTADO DE DIREITO NA SOCIEDADE DE CONTROLE 195

Vinício Carrilho Martinez

Capítulo 11 217

OS RUMOS DA GESTÃO DAS ÁGUAS APÓS "20 ANOS DA POLÍTICA

NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS" 217

Flávia Darre Barbosa

Frederico Yuri Hanai

Capítulo 12..... 235

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE

PEQUENAS EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA, EM SÃO CARLOS,

SP: UM ESTUDO SOB A ÓTICA DA TEORIA DA

ESTRUTURAÇÃO DE GIDDENS 235

Luciana Helena Crnkovic

APRESENTAÇÃO

A sociedade clama pelo aprimoramento do Direito, em que suas necessidades sejam reguladas de forma a satisfazer os anseios sociais e promover a pacificação social. Esse aprimoramento é possível com o desenvolvimento de pesquisas científicas interdisciplinares, com multiplicidade de métodos de pesquisa e abordagens sempre inovadoras das questões cruciais da sociedade contemporânea. Algumas dessas pesquisas o leitor encontrará no livro “Novos Direitos: a interdisciplinaridade do Direito na sociedade contemporânea”, que foi construído com as valiosas contribuições de pesquisadores de diversas áreas do conhecimento para um encontro de cientistas no “II Congresso Novos Direitos”, na Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), na cidade de São Carlos, importante palco de discussão, análise, execução de estudos, projetos e ações relacionados à interdisciplinaridade do Direito com as demais áreas do conhecimento.

Os textos que os leitores encontrarão no presente livro refletem esses estudos do Direito de uma forma interdisciplinar, em oito eixos principais, sempre relacionados com o Direito, sendo: Estado e Constituição, meio ambiente e urbanismo, economia, políticas públicas, ciências e tecnologia, justiça, sociais, e direitos humanos.

O livro conta com doze capítulos, sendo que no primeiro o Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes traz os resultados de várias reflexões produzidas em parceria com membros da rede de pesquisadores, liderado pelo Grupo de Pesquisa Estado & Constituição, tendo como resultado o texto nominado como o fim da geografia institucional do Estado com a consequente crise do Estado de Direito.

As políticas públicas municipais participativas, com reflexões sobre a função social das cidades, são discutidas no segundo capítulo, onde os autores fazem uma abordagem inovadora das funções sociais da cidade, tendo como ponto principal a participação popular nas políticas públicas, em nível municipal, com o enfrentamento do tema tomando por base os trabalhos desenvolvidos pelos urbanistas nacionais e estrangeiros e sua conexão com a Constituição Federal.

Ainda nessa mesma linha do Direito à Cidade, o pesquisador italiano, Dr. Valério Nitrato Izzo, faz reflexões sobre a prática urbana dos direitos, onde esclarece em que sentido a prática dos direitos pode assumir um valor heurístico para o tema, sendo o Direito à cidade como direito a ter direitos.

A pesquisadora portuguesa, Dra. Patrícia Branco, traz respostas aos questionamentos sobre o que significará hoje falar de tribunais? Continuarão a desempenhar os mesmos papéis e funções que lhes foram atribuídos na modernidade? Um tribunal em Portugal é igual a um tribunal no Brasil? Dentro desses países, os tribunais são iguais?, no texto intitulado “As múltiplas geografias da justiça no século XXI: algumas reflexões sobre o que é hoje o tribunal no território e no espaço”.

No capítulo 5 as pesquisadoras destacam a importância da acessibilidade nos espaços de moradias, como forma de promoção das relações socioespaciais, que possibilitam participação, integração, preservação da autonomia, bem como da independên-

cia pessoal. A questão da acessibilidade na moradia para os idosos refletem na qualidade de vida e funcionalidade da pessoa idosa.

O Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira apresenta os resultados de sua pesquisa sobre “Regulação da atividade econômica e o processo de desenvolvimento brasileiro”, instrumento jurídico preventivo em que o Estado brasileiro dispõe para garantir higidez do mercado e livre iniciativa, em harmonia com as previsões Constitucionais.

No oitavo capítulo, os leitores encontrarão o texto do Prof. Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral que tem como objetivo produzir uma interpretação viabilizadora de novos olhares sobre os direitos do trabalho, na Era Vargas, Constituição de 1934, e as constantes modificações a partir do Tribunal Superior do Trabalho.

A interdisciplinaridade no direito de família também está presente no presente livro, onde a Profa. Dra. Cláudia Elisabeth Pozzi apresenta os resultados de seus estudos na área do direito de família sob o crivo do feminismo e das teorias de gênero, em uma abordagem contemporânea na área.

O capítulo “Estado de Direito na sociedade de controle: conceitos jurídicos entre realidades políticas, da luta pelo direito à negação da justiça” traz uma proposição relativamente consagrada sobre o surgimento e da afirmação do Estado Moderno, com evolução até os conceitos atuais.

Reflexões a respeito da gestão das águas após vinte anos do surgimento da Lei 9.433/97 está presente no capítulo 11 do livro, onde questões são levantadas sobre o aparato institucional criado pela Política Nacional de Recursos Hídricos e a crise na gestão dos recursos hídricos no Brasil.

E em seu último capítulo, o leitor encontrará o texto da Profa. Dra. Luciana Helena Crnkovic, onde procura compreender o ambiente da pequena empresa de base tecnológica, tendo como estudo a cidade de São Carlos, sob a perspectiva da Teoria da Estruturação.

Recomendo a leitura de todos os capítulos por trazerem reflexões a respeito da importante e necessária abordagem de novos direitos.

Celso Maran de Oliveira

Capítulo 1

O FIM DA GEOGRAFIA INSTITUCIONAL DO ESTADO. A “CRISE” DO ESTADO DE DIREITO!¹

Jose Luis Bolzan de Moraes²

“Pour sortir du Pot au noir,
il faut s’adapter aux sautes de vents,
se laisser porter quand les vents son favorables,
mais aussi louvoyer face aux vents contraires,
survivre au calme plat et résister aux coups de vent.”
(Mireille Delmas-Marty. Aux Quatre Vents du Monde..., p143)

1.1 NOTAS EXPLICATIVAS

Este texto constitui-se como um mosaico. Ele resulta de várias pequenas reflexões produzidas em parceria com membros do Grupo de Pesquisa Estado & Constituição e que foram publicadas em uma versão primeira e pontual na coluna Sconfinato que mantemos junto ao site Empório do Direito (www.emporiiododireito.com.br). Aqui reunimos, com a autorização dos coautores dos textos primitivos, três pequenos textos, os quais nos permitem dar a conhecer aquilo que estamos nomeando como o fim da geografia institucional do Estado com a consequente crise do Estado de Direito.

Assim, no tópico III (O Fim do Sistema de Direitos e Garantias) recuperamos um texto intitulado, no qual repercutimos a ideia dos poderes selvagens de Luigi Ferrajoli (BOLZAN DE MORAIS; COPETTI NETO, 2016; BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016) e dela podemos fazer surgir a ideia de um déficit de capacidade regulatória e de garantias. Já, no tópico IV (O Fim do Estado de Direito ante a Exceção e a Urgência), enfrentamos a questão do combate ao terror e as novas formas de surveillance (BOLZAN DE MORAIS; MENEZES NETO, 2015; BOLZAN DE MORAIS; MENEZES NETO, 2016) a partir das quais o Estado de Direito parece ser subvertido em Estado de Medo, onde a *sécurité* confronta todo o sistema de garantias que lhe caracteriza. Por fim, no tópico V (O fim do próprio Estado Direito pelo “estado de direitos”), confrontamos a repercussão das fórmulas da globalização econômica neoliberal sobre o modelo

¹ Este texto reúne reflexões produzidas no âmbito do Grupo de Pesquisa CNPQ Estado & Constituição, como indicado nas notas seguintes, a partir dos quais se construiu este mosaico provisório e parcial em torno às crises do Estado de Direito, para apresentação e discussão no II Congresso Novos Direitos, a interdisciplinariedade do Direito na Sociedade contemporânea, em outubro de 2017, na UFSCar.

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS/RS e da UIT/MG. Pesquisador Produtividade CNPQ. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

tradicional de Estado de Direito, com a subversão do sistema de fontes e a supremacia dos standards e indicadores (BOLZAN DE MORAIS; MOURA, 2016).

De tudo isso, podemos propor, ao final (VI - Para sair do pot au noir...), a necessidade de, diante da inafastabilidade daquilo que constitui a complexidade da experiência contemporânea, buscar um equilíbrio que permita a sobrevivência da ideia de Estado de Direito como instrumento civilizatório.

1.2 *PREMISSAS*

Desde algum tempo o tema da “geografia” do Estado tem sido confrontado com algumas questões que afetam diretamente a fórmula estatal da modernidade, alicerçada que está, dentre outros pilares – soberania e povo -, em uma base territorial definida como um espaço físico delimitado. O território tem servido não apenas para fixar o exercício do poder político como também para estabelecer as fronteiras de aplicação de sua ordem jurídica e de fixação da própria segurança interna pela possibilidade de evitar ou afastar quaisquer riscos advindos do “mundo exterior”, do “estrangeiro”.

Com a voga global, em suas diversas vertentes, tem-se uma afetação profunda da territorialidade, podendo-se dizer que esta perde significado, sugerindo a ideia de “fim da geografia”, como bem apanhado por Rodotà (2013), quando chama a atenção para as transformações que se operam, sobretudo com a perda dos “confinos” ou dos limites tradicionalmente reconhecidos ao Estado, em especial, para ele, com a “Revolução da Internet” (BOLZAN DE MORAIS, 2016).

Esta “perda de limites”, para este autor, sugere a possibilidade de uma “outra globalização possível”, na qual se poderia pensar os direitos, eles também, in una dimensione sconfinata” (RODOTÀ, 2013, p. 22-23), tendo presente que, mesmo fragmentado, o território, como “espaço local” dialoga com o âmbito ilimitado do global. Há uma co-implicação babélica, onde “tempos e lugares distintos” convivem, mesmo se separados por uma distância física, agora apenas aparente em razão das possibilidades de instantaneidade tecnológica.

A Babel, como tratado por Marramao (2009), interconecta lugares, pessoas e formas político-jurídicas com linguagens distintas, pondo lado a lado o que está “separado” por quilômetros ou por eras de experiências jurídico-políticas diversas.

Com isso, poder-se-ia falar em um Estado de Direito Global, ainda não adequadamente desenhado e, muito menos, estruturado tal e qual a fórmula do Estado de Direito conexa à do Estado Nacional na tradição liberal? Ou seja, a perda dos limites geográficos (territoriais) abriria a possibilidade para uma “expansão” do rule of law, a sua “globalização”?

Ou seja, a fragmentação da territorialidade abriria espaço – literalmente – para a expansão da fórmula Estado de Direito, deixando esta de estar “confinada” pelas fronteiras do Estado Nação?

Esta seria a oportunidade para a universalização da experiência do Rule of Law, com sua “imposição” como modelo definitivo de projeto civilizatório ou, assistimos ao fim da geografia institucional do Estado de Direito?

No ambiente dos Estados Nacionais, para o que aqui importa, o que se percebe é uma ruptura da fórmula liberal do Estado de Direito, o que produz um fenômeno que podemos nomear de “fim da geografia institucional”, tomando-se aqui o termo geografia para dar o significado de limitação, classicamente incorporado a este modelo, agora no que respeita às possibilidades de atuação da “autoridade pública”, como limitação político-jurídica para e ao exercício do poder (político).

Desde a dinâmica expansionista e contraditória, própria da história do Estado de Direito que experimentou a passagem da ideia de proteção (Estado de Direito Clássico) para a de promoção (Estado Social de Direito) e, por fim, para a de transformação (Estado Democrático de Direito), nos confrontamos, hoje, para além da incapacidade de ser tornado efetivo, em termos de promoção e transformação social – por nós nomeada “crise estrutural” (BOLZAN DE MORAIS, 1996), com a afetação – fratura – de sua fórmula de garantias tradicionais.

Dito de outra forma, sequer o “velho” Estado de Direito Clássico, como Estado de Garantias, já não tem seus limites protetivos observados. Em nome do combate à corrupção, ao terror – assim como, no campo dos direitos sociais, da eficiência econômica -, até mesmo aos fluxos migratórios, põe-se abaixo o sistema de direitos e garantias advindos das revoluções liberais.

Ou seja, o Estado de Direito, como “Estado de limites” já não limita. A sua institucionalidade já não se presta a proteger o cidadão em face de uma autoridade pública que subverte direitos e garantias reconhecidos constitucionalmente.

E isto fica bem caracterizado não só por sua incapacidade de funcionar como fórmula de controle, como também diante da subversão de sua estrutura normativa tradicional, como se constata, exemplificativamente, na retomada da fórmula do Estado de Exceção que ganha força e, em nome de uma excepcionalidade subvertida, afasta os limites até mesmo daquela fórmula clássica do Estado de Direito, como Estado de Garantias.

O combate à corrupção e ao terror têm, inclusive com o beneplácito de novas subjetividades, oportunizado que, até mesmo instituições de garantia se utilizem da “exceção” como regra. Os “securitizados” e os “mediatizados”, na concepção de Hardt e Negri (2014), têm legitimado tal “perda dos confins” do Estado de Direito, aceitando a produção de legislações que subvertem direitos e garantias, da mesma forma que subcrevendo práticas postas em ação pelo Sistema de Justiça que desrespeitam limites do Estado de Direito e recepcionam estas fraturas ao sistema de direitos e garantias³, como, e.g., na experiência brasileira da nomeada “operação lava-jato”.

Além disso, com a fratura do “sistema de fontes” emergem formas regulatórias cuja legitimação não se submete aos esquemas subsuntivos da democracia moderna.

Tal ilimitação nos coloca frente a uma transformação das instituições de garantia, tema aqui privilegiado, em verdadeiros poderes selvagens ou, ao contrário, de poderes privados transformados em parâmetros de garantia, como trataremos nos tópicos que seguem.

1.3 O FIM DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS⁴

Como sustenta Ferrajoli (2011), tomando emprestada a análise que fez da era Berlusconi na Itália, vive-se um processo de desconstitucionalização.

Tal como Ferrajoli (2011), na experiência brasileira atual, pode-se partir dos pressupostos do Estado de Direito para percebermos o quanto o fim de sua geografia institucional tem afetado todo o sistema de direitos e garantias, produzindo-se fraturas pro-

³ “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001”. Também, no caso francês: loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 e alterações da Loi n°2016-731 du 3 juin 2016. FRANÇA. Livre VIII: du renseignement. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=228894118E432245219704D44B00FBED.tpdila14v_3?idSectionTA=LEGISCTA000030934655&cidTexte=LEGITEXT000025503132&dateTexte=20161124>

⁴ Sobre esse tema, há uma versão ampliada desta discussão em: BOLZAN DE MORAIS; COPETTI NETO; BRUM, 2016).

movidas exatamente por aquelas instituições de garantia que, primariamente, deveriam ser os seus asseguradores.

Para Ferrajoli (2011), esse processo de desconstitucionalização se instaura, grosso modo, pela ausência de uma verdadeira esfera pública, autônoma e supra-ordenada à esfera privada. Com isso, tem-se um esfacelamento dos parâmetros de atuação das diversas instâncias de poder e, particularmente, para o problema aqui posto, daquelas instituições que, originariamente, compõem o que o mesmo autor denomina “instituições de garantia”, tal qual o Poder Judiciário e, com a ênfase que dá Ferrajoli (2011) – tomando como referência as atribuições constitucionais – o Ministério Público.

A releitura desta obra nos permite traçar alguns paralelos com a situação vivenciada no Brasil nestes dias interessantemente trágicos – a tragédia como modelo literário tem muito a nos ensinar acerca da existência humana e de suas catástrofes – quando, em nome do combate à corrupção, no particular, temos vivenciado um sem número de práticas em desrespeito ao sistema de direitos e garantias, a ponto de constituir-se uma “legitimação” baseada na excepcionalidade – Estado de Exceção -, como decidiu o judiciário federal (TRF4) no caso P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS ou, como quando Juíza Estadual autorizou que a polícia faça buscas e apreensões coletivas na Cidade de Deus, bairro do Rio de Janeiro.

Diante de tais práticas cabe nos perguntarmos: o que sobra do sistema constitucional brasileiro diante do que estamos vivenciando, em especial quando nos confrontamos com uma perda dos “limites” do constitucionalismo, expresso na “sofrida” Carta Política de 1988, seja pela “ação” patrocinada pelos poderes e instituições constituídas, seja pela “corrupção” do sistema de reconhecimento de direitos e de garantias nela estabelecido, seja, por fim, pela “manipulação” da informação patrocinada pelos grandes meios de comunicação?

Em sua análise, Ferrajoli (2011, p. VII) chama a atenção para uma longa série de violações da letra ou do próprio espírito da Constituição Italiana de 1948, na era Berlusconi. Na verdade, ele ressalta que a questão está inclusive para além da Constituição de 1948, e se instaura na ideia de constitucionalismo mesmo, isto é nos limites e nos vínculos constitucionais impostos às instituições, públicas (representativas) e privadas (negociais).

Por conta disso, tal análise pode contribuir para pensarmos a série de violações que se reproduzem na experiência constitucional brasileira inaugurada ao final da “transição negociada” do regime ditatorial militar-civil – e, este pode ser um aspecto, às vezes, esquecido ou pouco lembrado e valorizado nas análises que se fazem cotidianamente, muitas vezes desconhecendo as “permanências” do Antigo Regime no Novo, seja sob a forma de instituições, práticas e legislações, seja sob uma “continuidade subjetiva”, quando se tem presentes atores do período ditatorial no período pós-(re)democratização, bastando olharmos, no campo das instituições de governo, os representantes que se mantêm nos parlamentos ou nas chefias do executivo, e, no campo do Sistema de Justiça a continuidade dos atores da velha ordem autoritária, chamando a atenção a manutenção da composição do Supremo Tribunal Federal, mesmo após a entrada em vigor da “Constituição Cidadã” de 1988, o que perdurou ao longo de vários anos, na “infância e adolescência” da nova Carta Política.

Como reitera, ainda, Ferrajoli (2011, p. VIII):

L’intero edificio della democrazia costituzionale ne risulta minato alla radice: dall’insofferenza per il pluralismo politico e istituzionale; dalla sovravalutazione delle regole; dagli attachi alla separazione dei poteri, alle istituzioni di garanzia, all’opposizione parlamentare, al sindacato e alla libera stampa; dal rifiuto, in breve, del paradigma dello Stato costituzionale di diritto quale sistema di vincoli legali imposti a qualunque potere... Il processo decostituente si è d’altro canto sviluppato anche a livello sociale e culturale, con il venir meno dei valori costituzionali nelle coscienze di una larga parte dell’elettorato; per indifferenza, per mancanza di senso civico o per il mutamento nell’immaginario collettivo della concezione stessa della democrazia .

Conjugando uma concepção formal de democracia àquela substancial, Ferrajoli (2011) vai, ao longo do trabalho, expor o que nomeia como crises da democracia política – “do alto” e “de baixo”. “Do alto” refere o populismo e a ideia do líder como encarnação da vontade popular, o patrimonialismo populista, a perda do papel dos partidos políticos e o controle da informação. “De baixo” aponta a despolarização das massas e a dissolução da opinião pública, a crise na participação política, a manipulação das informações etc... E, conjugando-as, apresenta, ao final, um conjunto de possibilidades – remédios – para superá-las.

Tomando emprestados tais pressupostos, talvez seja possível entender um pouco do que estamos experimentando por aqui. Talvez fosse o caso de, adaptando a análise do

autor italiano, incluir um outro viés dessas crises – algo que não viesse “do alto” nem “de baixo”, nos sentidos postos por Ferrajoli (2011), mas “do lado”, uma vez serem, os ataques à democracia constitucional e, conseqüentemente, ao seu sistema de direitos e garantias, ao Estado de Direito, enfim, provenientes daquelas instituições, como dito, responsáveis por sua proteção, a partir da garantia de seus próprios limites.

Se confrontarmos, de um lado, o tema do combate à corrupção com o apoio às práticas inconstitucionais e, de outro, a ausência de um sistema democrático de acesso e de construção da informação podemos antever as crises da democracia constitucional brasileira – e que, de resto, não se restringem ao Brasil.

Temos um esgarçamento das fórmulas e conteúdos do Estado de Direito, patrocinado, inclusive por instituições de garantia caras à Ferrajoli (2011), como o Ministério Público, ladeado por um sistema de meios de comunicação que operam numa órbita empresarial e não republicana, manipulando as informações e fabricando consensos – produzindo aqueles sujeitos mediatizados, antes mencionados, que, incapazes de perceber os riscos, assumem uma postura messiânica frente as desventuras da vida pública nacional.

De um lado, a “corrupção” do sistema constitucional, fortemente expressa nas práticas institucionais inconstitucionais que, em nome do combate à corrupção – como condutas tipificadas ou previstas pelo direito pátrio, é por dever de ofício, objeto de persecução por todos aqueles a quem incumbe fazer funcionar o sistema jurídico, desde as polícias até a magistratura pode ser útil para entendermos as práticas dos “poderes selvagens” e a prática dos novos “golpes” à Constituição e ao constitucionalismo – as garantias constitucionais.

De outro, como na Itália exposta por Ferrajoli (2011), experimentamos uma total ausência de garantia da informação. Apesar de garantida a liberdade de imprensa e de informação como liberdade de impedimento ou de constrição à produção e divulgação de informações, não temos, contrafaticamente, garantia do exercício independente desta liberdade no interior dos grandes meios de comunicação, nem do direito dos cidadãos a uma informação não condicionada por relações impróprias de subordinação. Faltamos, como alerta, um direito ativo de liberdade e um direito à não desinformação (FERRAJOLI, 2011, p. 56).

O resultado parcial desta situação atual é, na verdade, o retorno a uma nova Grundnorm civilizacional. Se a crise não é mais meramente econômica, mas democrática; se é uma crise do próprio modelo constitucional contemporâneo, temos é que, na verdade, construir um diagnóstico que passa, necessariamente, por um duplo aspecto: por um lado, pela impotência da política para resolver problemas de caráter cultural e econômico; por outro, pela onipotência da política com vista a construir uma esfera pública de interesses privados, esfacelando a constituição econômica e desenvolvendo um populismo rígido por aquilo que se pode chamar de antipolítica.

O descrédito para com a classe política é evidente e com ele se esfacela o próprio papel de garantia do Direito. A ideia de redução das promessas constitucionais e a própria ventilação da tentação à remoção da Constituição para que seja resolvido o problema da (in)governabilidade são extremamente significativos e apontam para um vazio de direito público e para a exacerbação desse processo desconstituente.

Diante de tais poderes “selvagens”, seja por agirem corrompendo o sistema constitucional, seja por atuarem como foco de construção de consensos, o combate que se tem pela frente impõe a luta pela (re)civilização do Brasil. Há que se combater a “corrupção” da Constituição e do constitucionalismo.

Contra “poderes selvagens”, como alerta Ferrajoli, é preciso “rafforzare la rigidità costituzionale” (FERRAJOLI, 2012, p. 85).⁵

Dito de outra forma, diante da perda de limites é preciso restaurá-los, sendo, para isso, talvez, necessário “inventar” novos instrumentos, para além de reforçar aqueles já consagrados. O que não se pode é fazer sucumbir o sistema de garantias em nome de quaisquer que sejam os valores circunstanciais que pareçam prevalecer.

1.4 O FIM DO ESTADO DE DIREITO ANTE A EXCEÇÃO E A URGÊNCIA

Se, de um lado, o Estado de Direito se confronta com suas incapacidades, de outro vê-se a sua subversão. E isto fica evidente quando nos confrontamos com as estratégias de combate ao terrorismo no pós 11 de setembro de 2001.

⁵ Il superamento della crisi attuale richiede lo sviluppo, a livello politico e sociale, di una cultura costituzionale e di una concezione della democrazia come sistema fragile e complesso di separazioni e di equilibri tra poteri, di limiti e garanzie, alternativa a quella della destra, oggi purtroppo egemone perché in gran parte condivisa anche da molti esponenti della sinistra. Richiede, in secondo luogo, che il nesso tra forma e sostanza della democrazia, che caratterizza il paradigma normativo della democrazia costituzionale, venga quanto più compiutamente realizzato attraverso la costruzione di un sistema di garanzie e di istituzioni di garanzia in grado di colmare la divaricazione, in questi anni diventata patologica, tra il “dover essere costituzionale” e l’“essere” effettivo del diritto e del sistema politico. (FERRAJOLI, 2011, p. 85)

A surveillance é, mais que simples vigilância, é uma característica intrínseca das sociedades contemporâneas hiperconectadas (BOLZAN DE MORAIS; MENEZES NETO, 2016). Nesse sentido, há uma desestabilização das tradicionais estruturas estatais (cuja força depende de um esquema centrípeto), uma vez que o poder acaba sendo “dispersado” no em uma rede extremamente flexível e em constante modificação.

Assim, é possível afirmar que a “revolução da internet”, como dito antes, ignora as tradicionais fronteiras do Estado-Nação, uma vez que a localização de uma informação armazenada não necessariamente corresponde ao local de violação de um direito fundamental ou ao lugar de sede da empresa que guarda esses dados. Na realidade, na maioria das vezes esses dados são armazenados simultaneamente em diversos pontos do globo com o intuito de fornecer redundância e acesso mais rápido aos usuários, independente de onde eles estejam localizados geograficamente.

Neste quadro desde as denúncias de Edward Snowden o mundo percebeu não apenas uma assimetria na capacidade de interceptar e utilizar os dados que circulam pela internet, como também se viu confrontado com as possibilidades daí advindas.

Os Estados Unidos, em virtude de sua posição militar e tecnológica estratégica, demonstrou ser uma exceção à regra da “incontrolabilidade” dos fluxos de dados, ou, conforme Castells (2010), induzindo a uma situação de desequilíbrio que só pode ser temporária, em virtude da estrutura de respostas fornecidas pela rede dos players globais da tecnologia da informação.

O motto para a coleta e análise massiva de dados naquele país, como se sabe, é a “guerra contra o terror”, muito embora não se tenha evidências de nenhum caso concreto em que esse uso da tecnologia tenha efetivamente abortado uma ameaça terrorista iminente, embora tenha servido para outros fins.

Embora tenha demonstrado ser pouco eficiente para prever e neutralizar ataques terroristas, esse mau exemplo parece ter se espalhado pelo globo.

A Alemanha, por exemplo, país que foi considerado “vítima” da coleta massiva de dados da NSA – inclusive com diversos discursos de autoridades públicas de repúdio ao fato – foi também acusada de não só realizar o mesmo tipo de atividade, mas de ser uma parceira da NSA no fornecimento dessas informações (LEYDEN, 2015). Nesse caso em particular, ficou evidente que a Bundesnachrichtendienst (BND), a agência de inteligên-

cia alemã, coletou, armazenou e catalogou – com critérios desconhecidos – os metadados⁶ de comunicações telefônicas e de internet de usuários dentro e fora da Alemanha.

Além disso, no próprio escândalo envolvendo Edward Snowden ficou claro que outros países, como o Reino Unido, a Austrália, o Canadá e a Nova Zelândia, participam dessa coleta massiva de dados, compartilham e utilizam essas informações.

Essas posturas, contudo, baseiam-se em atividades dos serviços secretos, muitas vezes sem amparo legal ou, quando este existe, fundamentam-se em legislações de exceção, de regra produzidas em períodos de grande comoção social possuindo, como traço comum, as ideias de “segurança nacional”, “proteção contra o terror”, além de estarem calcadas no dualismo “nós versus eles”, amigo/inimigo. Nesse sentido, três exemplos são de grande relevância para análise do fenômeno: Brasil, Rússia e França.

O caso brasileiro é bem peculiar. Após o escândalo envolvendo Edward Snowden no início de 2013, ficou-se sabendo que virtualmente todo o tráfego da internet no Brasil era processado em servidores nos EUA pela NSA e, com isso, além da análise massiva dos dados, alguns alvos específicos recebiam atenção especial, inclusive com o acesso não autorizado às comunicações da Presidente da República e de agentes públicos e empregados de empresas estatais, como a Petrobrás.

Diante dos fatos, o Senado Federal resolveu abrir uma “CPI da Espionagem” que, concluiu que seria necessário investir em agências de inteligência. Particularmente relevante foi que a proposta de lei resultado da CPI também envolvia a mesma ideia que existia no anteprojeto do Marco Civil da internet e que não logrou êxito: a obrigação que provedores de conteúdo e serviços de internet tivessem servidores em território nacional. Obviamente, a justificativa era que, com servidores no Brasil, seria possível controlar o uso que tais empresas fariam desses dados.⁷

⁶ Metadados são informações a respeito de outras informações. De modo grosseiro, é possível utilizar a metáfora de uma carta ordinária. Assim, enquanto os dados seriam o conteúdo da correspondência – e, portanto, protegidos contra violação –, os metadados seriam informações sobre aquela carta: tipo do papel utilizado, tamanho do envelope, dados do remetente e destinatário, data e local de postagem, traços de DNA e impressões digital encontrados na carta, tipo e cor da tinta utilizada para escrever a carta, tamanho da correspondência, número de letras e palavras, peso da carta, traços de substâncias impregnadas no papel, informações sobre quaisquer outras correspondências similares no sistema postal, nome do carteiro que fez a entrega etc. (KOSINSKI, 2013).

⁷ Grandes empresas como Facebook, Google, Apple, Dropbox e Amazon, por exemplo, contam com múltiplos servidores em diversos locais do mundo. Isso garante que, em caso de falha catastrófica do sistema em um determinado lugar, a integridade dos dados possa ser mantida. Em outras palavras: um conjunto de dados armazenados em um servidor no Brasil, por exemplo, está também armazenado na Islândia, Austrália, EUA etc. Assim, pouco importa, para fins de proteção de dados dos brasileiros, se existe um servidor dessas empresas no Brasil. Disso podemos inferir que o motivo para “nacionalizar” servidores não pode ser jamais o de “proteção dos dados brasileiros”.

No mesmo sentido, a Rússia aprovou em Julho de 2014 a Lei Federal nº 242-FZ alterando, dentre outras, a Lei Federal nº 152-FZ, exigindo que os operadores de internet mantivessem exclusivamente em território russo a gravação, sistematização, acumulação, guarda, atualização e acesso aos bancos de dados dos cidadãos russos.

Esta parece se tratar de uma expansão da SORM (Система Оперативно-Розыскных Мероприятий), o “primo” russo do PRISM. Ocorre que, ao contrário do PRISM, o SORM tem abrangência limitada aos servidores que, por lei, são obrigados a instalar “backdoors”, ou seja, aqueles fisicamente localizado na Rússia. Porém, com a Lei Federal nº 242-FZ, ampliou-se incrivelmente as capacidades de intervenção estatal nos dados das grandes empresas da internet, uma vez que serão obrigadas a cumprir os requisitos técnicos que possibilitam a interceptação de dados pelo governo russo, ou seja, a instalação de “blackboxes”.

Um dos casos mais emblemáticos, todavia, vem da França. Lá, por iniciativa do Chefe de Governo promoveu-se mudanças no código de segurança interna, incorporando um novo livro, intitulado «Du renseignement», com a finalidade de, através da coleta de informações, conhecer os desafios e prevenir os riscos a que estão submetidos os franceses, cuja garantia dos direitos fundamentais depende da manutenção da ordem pública sendo que, no atual contexto das políticas nacional e internacional, é imprescindível reforçar as políticas de inteligência de dados.⁸

Com isso, os órgãos de inteligência franceses grameiem telefones, interceptem comunicações eletrônicas e forcem empresas de internet a viabilizar maneiras para que a autoridade estatal intercepte todas as informações dos seus usuários (franceses ou estrangeiros, dentro ou fora da França), assim como ocorre na Rússia.

A legislação também permite a coleta e o uso massivo de metadados nos mesmos moldes da NSA, mas indo muito além dela, já que o projeto também indica que aqueles mesmos órgãos de inteligência poderão instalar microfones escondidos em objetos, veículos e residências, além de instalar dispositivos capazes de interceptar comunicações de celulares e mensagens de texto, inclusive com abrangência extraterritorial.

⁸ Le renseignement permet de connaître et de prévenir les risques et les menaces pesant sur notre pays et sa population, ainsi que de mieux appréhender les grands enjeux auxquels ils sont confrontés. Par là-même, il participe de la garantie des droits des citoyens, qui dépend notamment de l'ordre public pour être pleinement assurée. Dans le contexte actuel, international aussi bien qu'intérieur, le renforcement de la politique du renseignement, dans le strict respect des libertés individuelles, est nécessaire.

Ainda, cria uma agência reguladora – como autoridade administrativa independente – para “gerir” tudo aquilo que ali consta pela Assembleia Nacional francesa.

O que se vê nos três casos mencionados (Brasil, Rússia, França) é que as situações de emergência estão “contaminando” as legislações de controle de coleta e uso de dados por parte dos Estados. O recurso amplo e indiscriminado à “guerra contra o terror” possibilita um campo fértil para a multiplicação desse tipo de legislação. Afinal, em virtude da indeterminação do terrorismo, todos são potencialmente suspeitos e a única forma de “filtrar” essa ameaça é através da análise de todos, independente de existir uma suspeita prévia. A análise prévia de todos os dados. Sob essa perspectiva, é a forma de antecipar os resultados desastrosos e impedir ameaças terroristas.

Ao que parece, o combate ao terrorismo inaugurou uma nova era, aquela da urgência e da exceção, onde os instrumentos tecnológicos desempenham um papel fundamental, aumentando os poderes do Estado na coleta e processamento de informações e, indo de encontro aos limites do próprio Estado de Direito. Uma novidade⁹ que, se utilizando de instrumentos legais põe em xeque as garantias, fazendo surgir uma nova subjetividade – aquela do securitizado.¹⁰ Este sujeito aceita estar numa sociedade prisional porque fora parece mais perigoso.” (HARDT; NEGRI, 2014, p. 34), uma figura oprimida pelo medo e sequiosa de proteção (HARDT; NEGRI, 2014, p.21) - “atualmente,..., a vigilância total é cada vez mais a condição geral da sociedade...” - que, com isso, justifica e aceita um estado de exceção que se constrói por sobre “nossa servidão voluntária” (HARDT; NEGRI, 2014, p. 35).

Tal circunstância leva a crer que a produção destas legislações dialoga, muitas vezes, e utiliza, este “medo generalizado” e, a partir dele, forja um modelo de surveillance em tudo contraditório com as conquistas produzidas ao longo dos últimos séculos, em particular no que respeita às garantias presentes na concepção substancial de Estado de Direito.

⁹ Aqui vale a ideia de Sassen (2006, p. 4), para quem “the ‘new’ in history is rarely simply ex nihilo. It is deeply imbricated with the past, notably through path dependence, and, I will argue, through a tipping dynamic that obscures such connections to the past. The new is messier, more conditioned, and with older lineages than the grand new global institutions and globalizing capabilities suggest.”

¹⁰ Aqui vale a ideia de Sassen (2006, p. 4), para quem “the ‘new’ in history is rarely simply ex nihilo. It is deeply imbricated with the past, notably through path dependence, and, I will argue, through a tipping dynamic that obscures such connections to the past. The new is messier, more conditioned, and with older lineages than the grand new global institutions and globalizing capabilities suggest.”

No berço da mais consagrada revolução liberal – a França -, sustentada nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, instala-se o surveillé como seu quarto elemento. Um elemento, aparentemente em contradição com os demais.

Em nome da segurança instala-se um regime de exceção, quando o inimigo pode ser qualquer um e estar em qualquer lugar. Por meios tecnológicos, todos podem se tornar suspeitos, perigosos, bastando o uso de uma palavra catalogada nas “caixas pretas” a serem instaladas pelos fornecedores de acesso às redes de informação. E, tudo, sem a “intromissão” dos sistemas de garantia. Legaliza-se os serviços de informação, vinculados apenas a uma autoridade administrativa independente, a promoverem todo o tipo de “classificação” dos cidadãos, utilizando-se, para isso, de interceptação das comunicações, dos acessos à Internet, da radiografia dos telefones celulares, da instalação de microfones em áreas privadas, da supervisão dos metadados, da instalação de aparelhos nos carros e até recorrer aos chamados IMSI Catcher.¹¹

Onde foram parar as garantias constitucionais, tão duramente conquistadas? Em nome da “securitização do cotidiano” assiste-se “bestializado” à produção – legitimada por representantes eleitos – de leis que transformam e autorizam o que até agora tínhamos como conquistas civilizatórias da modernidade para assegurar um padrão mínimo de convívio.

Assim, estamos entre a incapacidade de as instituições político-jurídicas funcionarem como limites, respeitando as garantias (poderes selvagens) e a instalação de uma “sociedade da surveillance”, onde afastam-se as garantias e as instituições que lhe devem assegurar em troca de uma aparente sécurité e, em nome do próprio Estado de Direito.

Ao mesmo tempo em que ingressamos em uma nova “era dos direitos” – dos bens comuns – deixamo-nos submeter ao fim da era do Estado de Direito?

¹¹ Aqui vale a ideia de Sassen (2006, p. 4), para quem “the ‘new’ in history is rarely simply ex nihilo. It is deeply imbricated with the past, notably through path dependence, and, I will argue, through a tipping dynamic that obscures such connections to the past. The new is messier, more conditioned, and with older lineages than the grand new global institutions and globalizing capabilities suggest.”

Grande Irmão será no futuro nosso mais zeloso guardião. Retirado da reportagem publicada no Página/12, de 06/05/15, cuja tradução foi veiculada no IHU on line, de 07 maio 2015.

1.5 O FIM DO PRÓPRIO ESTADO DE DIREITO PELO “estado de direitos”

Para além destas “práticas selvagens” é preciso incluir um outro aspecto, talvez ainda mais significativo. Algo que até mesmo poderia ser inserido na previsão de Ferrajoli deste processo de desconstitucionalização, na ausência de uma esfera pública.

Como apontam Dardot e Laval (2013) em seu *The New Way Of The World: On Neoliberal Society*, setores significativos dos movimentos de resistência ao neoliberalismo incorreram em um erro de diagnóstico, constituído a partir do obscurecimento de sua dimensão regulatória ou governamental, no sentido atribuído por Michel Foucault. Equivocada apreciação que se conformou com base em uma percepção de que a ideologia neoliberal, fundada na fé fanática na naturalidade do mercado, se materializaria como um programa anti-intervencionista, de políticas de destruição das regulamentações e instituições, revitalizando as perspectivas liberais clássicas e o minimalismo estatal (DARDOT; LAVAL, 2016).

Esse olhar redutor da complexidade do processo de globalização (neoliberal) contemporâneo, que é compartilhado por amplos setores da ciência jurídica, repercute de maneira significativa nas reflexões sobre o conjunto de transformações do Estado e do Direito, impedindo de alcançar sua radicalidade, em especial como Estado de Direito.

O neoliberalismo em sua real complexidade não destrói apenas regras, instituições, direitos. Ele tem uma dimensão prescritiva. Trata-se de uma racionalidade (conjunto de discursos, práticas e dispositivos) que faz da lógica do mercado uma lógica normativa, regendo desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade humana. Por meio da generalização da concorrência, como norma de conduta, e da empresa, como modelo de subjetivação, avança como uma razão constitutiva da existência humana: uma nova razão do mundo. Nesse cenário, deve-se reconhecer que ele “não procura tanto à retirada do Estado e ampliação dos domínios da acumulação do capitalismo quanto à transformação da ação pública.” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 272), sua fratura, sua fragmentação, sua transversalidade por formas e fórmulas regulatórias originadas em lugares diversos daqueles peculiares à esfera pública estatal.

A principal instituição político-jurídica da modernidade, neste contexto, vem passando por uma “mutação empresarial”, que se faz com a transposição das normas do

mercado para o setor público, processo no qual se “subverte radicalmente os fundamentos modernos da democracia.” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 274). Estas novas regulações, advindas de atores privados, especialmente, daqueles globais, contribuem para aquilo que vimos nomeando como fraturas do e no Estado de Direito, como resultado de uma ação pública compartilhada e construída democraticamente.

Deste modo, o “Estado neoliberal é “governamentalizado”, no sentido de que os novos dispositivos institucionais que o distinguem, visam criar situações de concorrência, introduzir lógicas de escolha, desenvolver medidas de desempenho, cujo efeito é modificar a conduta dos indivíduos, mudar sua relação com as instituições e, mais precisamente, transformá-los em consumidores e empreendedores.” (ANDRADE; OTA, 2015, p. 288).

Vale destacar, que tal processo é dinamizado na esteira de mudanças significativas da estrutura do Estado de Direito, especialmente, em sua característica de supremacia da lei no cenário da regulação, princípio fundante da estrutura de governo per legis e sub legis. O “velho” Rule of Law se vê constrangido por algo novo, algo que poderíamos em paralelo nomear Rule of Standards and Indicators(?).

Como nos alerta Frydman (2016, p. 72), em sua obra “O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores”, observamos, no atual contexto, a lógica empresarial, sem substituir às regras do direito e de processo, sobrepor-se a elas para cumprir os objetivos de racionalização administrativa, impondo-se às formas clássicas do Estado de Direito sob o pretexto de reforçar sua eficiência.

Assim, confirma-se a perspectiva de “governança-management”, na qual em um plano da internormatividade (concorrência regulatória) promove-se a potencialização da força normativa das normas de gestão “que depois de terem sido por muito tempo auxiliares das regras jurídicas, encarregadas das medidas técnicas e dos detalhes, tornaram presentes instrumentos de pilotagem do próprio direito.” (FRYDMAN, 2016, p. 76)

Nesse sentido, pode-se acrescentar que:

Le management n’est pas, en dépit du modeste costume dans lequel il s’est présenté souvent jusqu’ici, une simple technique, une collection de recettes. C’est une nouvelle logique, un ensemble organisé de dispositifs stratégiques, qui a la vocation et peut-être la puissance de réguler l’ensemble des comportements, par le recours à des normes et à des ins-

truments radicalmente différents des règles et des procédures juridiques. En d'autres termes, le management pourrait constituer un « équivalent fonctionnel » du droit pour reprendre en l'élargissant un concept des comparatistes (FRYDMAN, 2011)

O Rule of Law, deste modo, vai sendo sucedido por um modelo de “governança” no qual a sustentação dos atos do poder é conferida pelo respeito à standards e indicadores administrativos e não mais aos conteúdos tradicionais do Estado de Direito estabelecidos por meio de procedimentos legitimados democraticamente.

Assim, no seio do mathematical turn,¹² dá-se o aprofundamento da mercadorização da instituição pública.

A eficiência neoliberal vem contribuindo para uma redefinição da justiça, a qual se torna um produto desta “imensa empresa de serviços” que está se transformando o Estado. Tudo isso desde um “modelo de compreensão” que apresenta o efeito perverso de reduzir toda avaliação por aquilo que é mensurável pelo tempo e pelo dinheiro. Os limites do Estado de Direito constrangidos pelas imposições econômicas; suas garantias fraturadas por valores; sua efetividade avaliada por indicadores; etc...

Nesta perspectiva pode-se dizer que o modelo neoliberal “substitui traiçoeiramente aos princípios da justiça clássica, por outros critérios como a eficiência, as vantagens comparativas ou a segurança. Nessa competição entre o direito e a eficiência, essa última tem uma vantagem certa, haja vista que ela é metamoral. Como consequência, ela conserva seu próprio princípio de justiça: o princípio do interesse ou da utilidade se apresenta como o princípio normativo supremo, como o único natural, o único possível, o único evidente. Ele se impõe às sociedades e aos homens e deve se tornar o guia da reforma geral das instituições. [...] A racionalidade neoliberal instala, inevitavelmente, uma laicização das instituições, revaloradas com uma racionalidade que lhe é totalmente estranha – a concorrência e o empreendimento.” (GARAPON, 1996, p. 23).

Sob o olhar de Hinkelammert pode-se ver esse fenômeno a partir de um quadro de critérios que orientam, em termos axiológicos, o mundo das relações modernas, quais sejam, valores da competitividade, da eficiência, da racionalização e funcionalização

¹² “On constate une tendance de plus en plus marquée vers la quantification du droit et le calcul de sa performance. Nous pensons que cette évolution est si importante qu'on peut l'apparenter à un mathematical turn qui s'inscrirait dans le prolongement des tournants linguistique, interprétatif et historiographique qui ont dominé la théorie et la philosophie du droit au cours des deux derniers siècles. Ce mathematical turn fait appel à plusieurs techniques de recherche parmi lesquelles les méthodologies quantitatives des sciences sociales et les modèles statistiques et économétriques occupent une place centrale. Toutefois, il est surtout caractérisé par la montée en puissance de la rationalité mathématique dont nous supposons un développement similaire à celui constaté dans les sciences exactes AMARILES, 2014).

dos processos institucionais e técnicos: os valores da ética do mercado. Diretrizes que marcam uma racionalidade reduzida à dimensão econômica que se “han impuesto en nuestra sociedad actual con su estrategia de globalización como nunca antes en ninguna sociedad humana, inclusive el período capitalista anterior”. (HIKELAMMERT, 2012, p. 176). Aquilo que pode ser sintetizado como valor do cálculo de utilidade própria, que parte do pressuposto de monetarização de todos os espaços da vida, no qual tudo é transformado em objeto – tudo é reduzido a um preço. Tal cálculo surge no interior da contabilidade empresarial onde impera uma visão do mundo como mecanismo de funcionamento: a empresa e seu cálculo de custos e benefícios (HIKELAMMERT, 2012, p. 186).¹³

Nesse contexto, todas as instituições são mecanismos de funcionamento por aperfeiçoar. Não apenas a empresa, mas o Estado (como Estado de Direito) – assim como a família, a Igreja e, mesmo, os indivíduos em suas relações – “calcula” suas possibilidades em termos de custo benefício, regulados por standards e indicadores e não mais submetido aos conteúdos da clássica fórmula do Rule of Law.

Assim, são resignificados o Estado, o Direito e o próprio Estado de Direito, pelo discurso da gestão empresarial pautado por uma visão formal, abstrata e hedonista da eficiência, que despreza qualquer elemento que transcende a esfera econômica e monetária (HIKELAMMERT, 2012, p. 190).

Aqui, substitui-se as regras (do Direito) pelas normas (da Técnica) e o Estado de Direito se confronta com a perda de sua legitimidade clássica, talvez com o seu desaparecimento como tal, substituído por um “estado de direitos” – em minúsculas - cuja legitimação não está nem nas suas formas de produção, muito menos em seus conteúdos, sobretudo, de garantias, mas na eficiência dos resultados.

1.6 PARA SAIR DO POT AU NOIR....(?)

Tudo isso nos põe frente a três, dentre outras, situações limites: 1) o Estado de Direito não submete sua própria autoridade, sob o signo de poderes selvagens; 2) o Estado de

¹³ Como afirma HIKELAMMERT (2012): Este surgimiento de los mecanismos de funcionamiento da al cálculo de utilidad propia una nueva especificación. Surge ahora como cálculo de perfeccionamiento de estos mecanismos y este perfeccionamiento se llama eficiencia. Aparece como cálculo de eficiencia en función del perfeccionamiento del mecanismo de funcionamiento, que opera por medio del cálculo de costo y beneficio. Surgido desde la empresa económica, transforma toda la institucionalidad. (p. 190)(grifamos)

Direito é submetido ao medo e à urgência e, com isso, admite sua própria redução, sob o signo da *sécurité* e da *surveillance*; 3) o Estado de Direito é transformado em “estado de direitos” inaugurados sob o signo da eficiência.

No seu último livro DELMAS-MARTY (2016) constrói sua reflexão partindo da representação feita por navegadores, já no período das Grandes Navegações, e por aviadores, quando confrontados com a completa ausência de ventos ou, diversamente, quando submetidos a um turbilhão de ventos contrários. Nesta situação, a incapacidade de lidar com a situação pode levar ao afundamento do navio ou a queda da aeronave. Por isso, velejadores e aviadores precisam ser capazes de fazer a “composição” destes ventos para manterem seus equipamentos singrando os mares ou cruzando os céus.

Desde esta perspectiva, constrói a autora um conjunto de reflexões que nos seriam úteis para a compreensão e o enfrentamento dos tensionamentos que se apresentam em razão dos “ventos” contraditórios que compõem não só o fenômeno da mundialização – objeto das reflexões da autora - mas, também, a experiência do Estado de Direito, como antes desenhada.

Para ela, contemporaneamente nos vemos confrontados com quatro “ventos” principais e contraditórios – liberdade, segurança (*sécurité*...), competição e cooperação - aos quais se interpõem quatro “espíritos” – inovação, conservação, exclusão e integração -, também eles em oposição. E, isto, tanto quanto para os navegadores e aviadores, põe em pauta – para os juristas, em especial - a necessidade de sermos capazes de contornar estes tensionamentos, forjando uma composição entre estes “ventos” e “espíritos” em contradição, a partir de “princípios” – dignidade humana, solidariedade planetária, precaução/antecipação e pluralismo ordenado -, que permitam que se ajuste a tensão, promovendo o equilíbrio desta “rosa dos ventos” jurídica. Para isso, diz a autora, não se pode pretender sobrevalorizar um em detrimento do outro, pois a cada situação ter-se-ia, como consequência, resultados trágicos.

Contudo, para que se possa fazer esta composição é preciso, desde logo, o reconhecimento de que as fórmulas tradicionais do Direito, como pensado nos últimos séculos, não conseguem mais dar respostas adequadas e suficientes. Não se pode mais pensá-las a partir de esquemas conceituais assentados em pressupostos de estabilidade, quando vivemos na instabilidade, de hierarquia, quando o que se tem é a interatividade, em

um contexto de interdependências e diversidade de atores, o que dá origem a formas complexas.

Ou seja, os campos jurídicos encontram-se profundamente transformados, não mais podendo ser pensados em termos conceituais, mas processuais; estáticos, mas dinâmicos; a partir de modelos, mas em movimento.

E isto tudo implicaria a transformação do Direito, não mais vigorando sua clássica fórmula precisa, obrigatória e sancionadora, agora substituída por um direito impreciso, facultativo e não sancionado.

A fórmula construída pela autora advém do reconhecimento das transformações experimentadas pela complexa sociedade contemporânea, que se vê confrontada com a ‘expiração’ de suas fórmulas e incapaz de lidar com as crises e dilemas que lhe são impostos pelo contexto da mundialização.

Como enfrentar a crise ambiental, o terrorismo, o desenvolvimento tecnológico, o problema social conseqüente da economia globalizada, entre outros, se não nos permitirmos pensar estratégias mais flexíveis de regulação que consigam tirar proveito dos momentos de calma e, também, sejam capazes de enfrentar os golpes de ventos contraditórios.

Ao longo do livro ela se questiona e vai construindo respostas, a partir dos princípios que elenca, por exemplo em como evitar que uma sobrevalorização da segurança em face da liberdade, como se percebe na dita “guerra ao terror”, leve a formas totalitárias, assim como, ao contrário, um privilegiamento da liberdade....

E, talvez este seja um bom caminho para enfrentar a crise do Estado de Direito, confrontado com suas fraquezas, insuficiências e fragilidades.

REFERÊNCIAS

AMARILES, Restrepo. The mathematical turn: l’indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/5751766/The_Mathematical_Turn_Lindicator_Rule_of_Law_dans_la_politique_de_d%C3%A9veloppement_de_la_Banque_Mondiale?auto=download>. Acesso em: 29 set. 2016.

ANDRADE, Daniel Pereira; OTA, Nilton Ken. Uma Alternativa ao neoliberalismo. Entrevista com Pierre Dardot e Christian Laval. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 27, n.1, p. 288, 2015.

_____. As crises do estado contemporâneo. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *América Latina: cidadania, desenvolvimento e estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. Estado e Constituição e o “fim da geografia”. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 69-82 (Mestrado e Doutorado, n.12).

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; BRUM, Guilherme Vale. Repe&c 25: bom governo, poderes selvagens e juristocracia. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/repec-25/>>. Acesso em: 10 jun. 2017. Publicado em 07 jun. 2016.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo. REPE&C 21: poderes selvagens: o caso da constituição e da política! Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/repec-21-poderes-selvagens/>>. Acesso em: 10 jun. 2017. Publicado em 04 abr.2016.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo; BRUM, Guilherme Valle. Crisis (del poder) constituyente, corte (in) constitucional y poderes salvajes: ensayo sobre estado y constitución. In: JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de (Ed.). *Itinerarios constitucionales para un nuevo mundo convulso*. Madrid: Dykinson SL, 2016. p. 95-112. v. 1.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; MENEZES NETO, Elias Jacob de. A “liquidez” da surveillance cabe nos limites da “solidez” do marco civil da Internet? Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-liquidez-da-surveillance-cabe-nos-limites-da-solidez-do-marco-civil-da-internet-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-elias-jacob-de-menezes-neto/>>. Acesso em: 10 jun. 2017. Publicado em 08 maio 2016.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Liberté, égalité, fraternité et ... “surveillé”: o leviatã contra-ataca. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/liberte-egalite-fraternite-et-surveille-o-leviata-contra-ataca-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-elias-jacob-de-menezes-neto/>>. Acesso em: 10 jun. 2017. Publicado em 18 maio 2015.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; MOURA, Marcelo Oliveira. REPE&C 30: o “fim” do estado de direito(?). Disponível em : <<http://emporiiodireito.com.br/repec-29-o-fim-do-estado-de-direito-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-marcelo-oliveira-de-moura/>>. Acesso em: 10 jun. 2017. Publicado em 04 out. 2016.

CASTELLS, Manuel. The power of identity. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2010.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

_____. The new way of the world: on neoliberal society. London: Verso, 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. Aux quatre vents du monde : petit guide de navigation sur l’océan de la mondialisation. Paris: Seuil, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana. Roma-Bari: Laterza, 2011.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. Dos modelos de constitucionalismo: una conversación. Madrid: Trotta, 2012.

FRYDMAN, Benoit. O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. (Coleção Estado & Constituição, n. 17).

_____. Le management comme alternative à la procédure. 2011. Disponível em: <<https://www.google.com.br/#q=Le+management+comme+alternative+%C3%A0+la+proc%C3%A9dure>>. Acesso em: 28 set. 2016.

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

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Declaração: isto não é um manifesto. São Paulo: n-1 editores, 2014.

HIKELAMMERT, Franz. Lo indispensable es inútil: hacia una espiritualidad de la liberación. San José: Editorial Arlekin, 2012.

KOSINSKI, Michal et al. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, Washington, v. 110, n. 15, p. 5802-5805, 9 abr. 2013

LEYDEN, John. Germany's BND muscles in on metadata mass surveillance. 2015 Disponível em: <http://www.theregister.co.uk/2015/02/04/germany_bnd_muscles_in_on_metadata_mass_surveillance/>. Acesso em: 10 jun. 2017.

MARRAMAIO, Giacomo. Dopo babilonia: per un cosmopolitismo della differenza. *Eikasia: Revista de Filosofia*, ano 4, n. 25, maio 2009. Disponível em: <<http://www.revistadefilosofia.org>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2013.

SASSEN, Saskia. *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

Capítulo 2

POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS PARTICIPATIVAS: Reflexões sobre a função social das cidades.¹

Celso Maran de Oliveira²

Elaine Cristina da Cunha Melnick³

2.1 INTRODUÇÃO

As funções urbanas descritas na Carta de Atenas de 1933 (habitação, trabalho, lazer, circulação) permanecem atuais e permitem o preenchimento inicial do conteúdo da expressão inserida no texto constitucional brasileiro quanto à dimensão espacial urbana. Porém, as funções sociais das cidades transcendem a ciência da arquitetura e do urbanismo, ao passo que ingressam no mundo jurídico, com previsão constitucional e infraconstitucional. Isso porque as funções sociais das cidades estão intimamente ligadas às noções de dignidade humana, solidariedade, justiça social, bem comum e bem-estar dos municípios, ou seja, o respeito aos direitos fundamentais.

É imprescindível considerar que meio século antes da Constituição brasileira, o urbanismo, na primeira Carta de Atenas em 1933, estabeleceu quatro conceitos funcionais mínimos capazes de satisfazer as necessidades biológicas e psicológicas primordiais à sua população: habitação, trabalho, circulação e recreação. Hodiernamente, estes quatro conceitos foram, e são, amplamente utilizados para conceituar as funções sociais das cidades, porém de certa forma incompletos, porque as funções sociais das cidades são muito mais abrangentes.

Contudo, deve-se ter em vista que a partir da Constituição (BRASIL, 1988) a cidade, independente do conceito que lhe seja atribuído, passou a obedecer aos parâmetros fixados pelo Direito Ambiental Constitucional, ou seja, dentro da ordem urbanística constitucional como meio ambiente artificial, pertencendo à estrutura jurídica de bens ambientais disciplinada pelo art. 225 da Constituição (BRASIL, 1988; FIORILLO, 2012). A Constituição buscou alavancar um processo de descentralização das compe-

¹ Processo nº 2016/14163-7, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). “As opiniões, hipóteses e conclusões ou recomendações expressas neste material são de responsabilidade do(s) autor(es) e não necessariamente refletem a visão da FAPESP”.

² Jurista e Professor do Departamento de Ciências Ambientais da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UFSCar Novos Direitos.

³ Advogada e pesquisadora associada do Grupo de Pesquisa CNPq/UFSCar Novos Direitos.

tências governamentais, a partir do qual os municípios passaram a assumir autonomia na definição, condução e execução de suas políticas públicas. Reafirmou o princípio da função social da propriedade, sob o qual o Estatuto da Cidade passou a se apoiar, definiu diretrizes para seu cumprimento e estabeleceu o Plano Diretor municipal como instrumento básico dos conteúdos da política urbana (RIBEIRO, 2014).

Ademais, a Constituição traz expressamente como segundo objetivo do desenvolvimento urbano das cidades, e decorrente do cumprimento da própria função social, a garantia do bem-estar de seus habitantes, além de atribuir ao Poder Público Municipal a competência para sua execução (art. 182, BRASIL, 1988). Esta garantia está intimamente conectada com a ideia de direitos e garantias fundamentais elencadas pela própria Constituição Federal nos artigos 5º e seguintes (BRASIL, 1988), sejam eles individuais, sociais ou metaindividuais. Isto porque, os quatro conceitos funcionais previstos na Carta de Atenas de 1933, que objetiva garantir o piso vital mínimo de seus habitantes, também previstos na Constituição Federal, ostentando status positivo ou prestacional, concluindo-se que o Estado tem o dever de garantir o trabalho, moradia, lazer (recreação), circulação, e demais direitos e garantias fundamentais.

Nesse passo, ainda que previstas garantias e objetivos correlatos aos quatro conceitos funcionais urbanísticos, mostra-se imprescindível refletir se tocante ao plano de desenvolvimento urbano a Carta Política limitou-se apenas às quatro funções precípuas da primeira Carta de Atenas ou às dez da segunda Carta de Atenas, ou ainda, se as disposições das Cartas foram ampliadas pelo legislador pátrio por meio das respectivas diretrizes do Estatuto da Cidade e análise da legislação aplicável ao tema e seus instrumentos.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é a análise documental por meio do levantamento de obras publicadas sobre o tema, textos publicados em livros, revistas especializadas, e trabalhos científicos publicados e disponíveis em bibliotecas ou em sítios da internet. Esse contato com material bibliográfico permite encontrar respostas para os objetivos da pesquisa, possibilitando ao pesquisador estar em contato direto com o que foi escrito sobre o assunto, reforçando a análise de suas pesquisas ou manipulação de suas informações (LAKATOS, 1992). Para tanto, discutir-se-á a função social das cidades da forma como consta nas duas Cartas de Atenas, com o intuito de identificar os reflexos desses documentos no ordenamento jurídico pátrio.

2.2 AS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE DAS CARTAS DE ATENAS E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A Constituição Federal disciplina a política de desenvolvimento urbano em seu art. 182 (BRASIL, 1988), atribuindo-lhe a eficácia de norma programática (SALEME, 2013), ou seja, prevê que a norma infraconstitucional estabelecerá quais diretrizes deverão ser observadas pelo Poder Público Municipal na busca de seus dois objetivos: (i) ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade; e (ii) garantir o bem-estar de seus habitantes. Essa característica da Constituição é segundo Riani (2013) a determinação de transformações sociais ao Estado, veiculadas por disposições programáticas, e para que tenham amplo alcance devem concretizar-se por meio de políticas públicas.

Embora tenha essa disposição constitucional (i e ii), não trouxe expressamente a definição de quais seriam as funções sociais da cidade de forma a proporcionar o bem-estar de seus habitantes, contrariamente ao que ocorreu em relação à função social da propriedade, tema que vem sendo discutido e construído de forma interdisciplinar.

Então, além das funções sociais das cidades existe uma discussão necessária sobre as funções sociais da propriedade. Esta é mais facilmente identificada porque a própria Constituição determina que haja o cumprimento da função social (art. 5º, XXIII, BRASIL, 1988): quando atender “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 2º, BRASIL, 1988) para o caso das propriedades urbanas; e quando a propriedade rural atende, de modo simultâneo, aproveitamento racional e adequado, uso adequado dos bens naturais disponíveis e preservação do ambiente, observância de disposições reguladoras das relações trabalhistas, e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores (art. 186, BRASIL, 1988).

A propriedade está, mesmo no caso da particular, intimamente atrelada ao interesse social. A lei assegura o direito de propriedade, mas para que este direito seja protegido a propriedade deve exercer uma função social. Antes dos interesses individuais estão os interesses comunitários, e estes devem prevalecer perante aqueles. Assim, para a materialização das funções sociais da cidade faz-se necessário que a propriedade urbana e rural cumpram sua função social, submetendo-se aos interesses de toda a coletividade.

Porém, falar de função social das cidades é mais abrangente do que função social da propriedade, embora que esta esteja umbilicalmente ligada àquela. Essa ligação é facilmente identificada seja na disposição constitucional (art. 182 e 186, BRASIL, 1988), ou mesmo quando o Código Civil brasileiro descreve que o exercício do direito de propriedade (uso, gozo, disposição e seqüela) deve ocorrer em harmonia com suas finalidades econômicas e sociais, preservando-se, assim, o meio ambiente natural, construído e histórico (art. 1.228, § 1o, BRASIL, 2002).

A aprovação do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) depois de mais de 10 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 não encerrou o debate, considerando que autores das mais diversas áreas continuam na busca e construção do conceito de função social da propriedade e da cidade, ante a omissão também presente na respectiva lei de diretrizes. Porém não se deve pensar em cumprimento da função social da cidade somente com a regulação da propriedade urbana no Plano Diretor. O Plano Diretor deve abranger todo o território do município, e os benefícios das funcionalidades da cidade devem refletir a todos os moradores da cidade, nos ambientes urbano e rural.

Bernardi (2006) investigando as funções sociais da cidade buscou sua interpretação conforme a Constituição e seus direitos fundamentais, adotando como ponto de partida a Carta de Atenas confeccionada durante o Congresso Internacional de Arquitetura Moderna no ano de 1933, bem como, a Nova Carta de Atenas, proposta em 1998 pelo Conselho Europeu de Urbanistas (CEU), revisada e aprovada em 20 novembro de 2003, em Lisboa - Portugal, que recebeu o nome de “Carta Constitucional de Atenas 2003 – A visão das Cidades para o Século XXI do Conselho Europeu de Urbanistas”, a qual notadamente ampliou os conceitos funcionais da cidade de quatro para dez.

Em que pese a nova Carta ter sido elaborada com base em cidades europeias, servindo como proposta de cidades do futuro, Bernardi (2006) ressalta que pode ser aplicada para qualquer cidade, haja vista a atual globalização de informações, devendo, contudo, observar as peculiaridades e cultura local de cada cidade. Na visão do referido autor, a Nova Carta de Atenas de 1998-2003 trouxe novos conceitos para que a cidade cumpra a função para com seus habitantes, a qual deverá ser:

- i.) cidade para todos, devendo aproximar as comunidades existentes, adotando medidas e instrumentos capazes de promover a inclusão social e combater toda e qualquer forma de discriminação, racismo e a violência;

- ii.) cidade participativa, possibilitando aos seus cidadãos a participação na gestão pública urbana;
- iii.) cidade refúgio, protegida por acordos e normas internacionais capazes de excluir as cidades dos combates em eventuais guerras, além de torná-la segura com medidas a fim de evitar ou conter desastres naturais;
- iv.) cidade saudável, preocupada com o planejamento sustentável para melhoria do meio ambiente e conservação dos recursos naturais, promovendo melhores condições de saúde, moradia, com redução de lixo e poluentes, além de observar as normas e diretrizes indicadas pela Organização Mundial de Saúde;
- v.) cidade produtiva, fomentando a educação e formação profissional dos habitantes, desta forma fortalecendo a economia e a produtividade, gerando, conseqüentemente mais postos e melhores condições de trabalho, contribuindo para o aprimoramento do cidadão;
- vi.) cidade inovadora, utilizando as novas tecnologias de comunicações e informações, bem como, permitindo que todos tenham acesso a elas, para que os cidadãos sejam capazes de fortalecer a gestão democrática no planejamento das cidades e nas políticas públicas;
- vii.) cidade acessível e com mobilidade racional, preocupando-se com o planejamento dos transportes, integrando e melhorando os transportes públicos, incentivando o uso de bicicletas e da caminhada, o que resultará na redução de veículos nas vias públicas;
- viii.) cidade ecológica, tendo como premissas a sustentabilidade e os princípios do desenvolvimento sustentável em todos os processos de planejamento e implantação de políticas públicas;
- ix.) cidade cultural, voltando a atenção para aspectos culturais e sociais dos espaços urbanos, buscando melhorá-los e fortalecê-los, interligando de forma mais eficiente a moradia, trabalho, transporte, lazer, bem como, diminuindo a exclusão social;
- x.) cidade contínua, enxergando a cidade como a hospedaria e abrigo da civilização, obrigando-se a observar as peculiaridades e proteger as culturas, elementos, tradições e memórias locais, além de proteger o meio ambiente natural e artificial existente.

Bernardi (2006) classificou-as em três grandes grupos. Partindo dessa divisão realizada, ou seja, funções urbanísticas, funções de cidadania, e funções de gestão, em que são descritos os direitos em cada uma das funções gerais. O Quadro 1 identifica as funções das Cartas de Atenas a esses direitos:

FUNÇÕES URBANÍSTICAS	FUNÇÕES DE CIDADANIA	FUNÇÕES DE GESTÃO
HABITAÇÃO - cidade para todos, cidade refúgio, cidade saudável, cidade inovadora, cidade ecológica	EDUCAÇÃO - cidade para todos, cidade saudável, cidade produtiva, cidade inovadora, cidade ecológica, cultural, cidade contínua	PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - cidade para todos, cidade saudável, cidade produtiva, cidade inovadora, cidade acessível e com mobilidade racional, cidade cultural, cidade contínua
TRABALHO - cidade para todos, cidade saudável, cidade produtiva, cidade inovadora, cidade ecológica	SAÚDE - cidade para todos, cidade saudável, cidade acessível e com mobilidade racional, cidade ecológica	PLANEJAMENTO - cidade para todos, cidade participativa, cidade refúgio, cidade saudável, cidade produtiva, cidade inovadora, cidade acessível e com mobilidade racional, cidade ecológica, cidade cultural, cidade contínua
LAZER - cidade para todos, cidade saudável, cidade acessível e com mobilidade racional, cidade ecológica	SEGURANÇA - cidade para todos, cidade refúgio, cidade saudável	PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL E NATURAL - cidade para todos, cidade refúgio, cidade inovadora, cidade ecológica, cidade cultural, cidade contínua
MOBILIDADE - cidade para todos, cidade inovadora, cidade acessível e com mobilidade racional, cidade ecológica	PROTEÇÃO - cidade para todos, cidade refúgio, cidade saudável	SUSTENTABILIDADE URBANA - cidade para todos, cidade refúgio, cidade saudável, cidade produtiva, cidade inovadora, cidade acessível e com mobilidade racional, cidade ecológica, cidade cultural, cidade contínua

Fonte: Adaptado de Bernardi (2006).

Quadro 1 Funções sociais descritas nas Cartas de Atenas em relação aos direitos

Os trabalhos de Bernardi (2006) são merecedores de elogios, principalmente pelo seu esforço de categorização dos direitos nas três categorias. Porém, no Quadro 1 vê-se uma aproximação e identificação das funções sociais das Cartas aos direitos, e separados nas três categorias, quais sejam: i.) funções urbanísticas, sendo aquelas estabelecidas pela primeira Carta de Atenas (habitação, trabalho, lazer e mobilidade); ii.) funções de cidadania, constituídos pelos direitos sociais (educação, saúde, segurança, proteção); iii.) funções de gestão, sendo todas as práticas de gestão que objetivam garantir bem-estar aos cidadãos (prestação de serviços, planejamento, preservação do patrimônio natural e cultural, sustentabilidade urbana).

Para que as cidades cumpram suas funções sociais, seja sob a ótica da Carta de Atenas de 1933, da Nova Carta de Atenas 1998-2003, ou do ponto de vista constitucional

brasileiro deve implementar uma política de desenvolvimento urbano que tenha por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

A proposta da Carta de Atenas de 1933, e a Nova Carta de Atenas 1998-2003, é resgatar o ser humano e o seu bem-estar, cujas propostas inseridas nas referidas Cartas, se atingidas, proporcionarão às cidades que sejam reconhecidas como cidades funcionais, transcendendo a ciência da arquitetura e do urbanismo, abrangendo a ordem jurídica, com foco na dignidade humana, solidariedade, justiça social, bem comum e bem-estar dos habitantes.

A questão é descobrir quais as funções sociais da cidade, uma vez que a Constituição não define em local específico, e igualmente não esclarece quais seriam essas funções urbanas que possuem um caráter social. Este trabalho identifica as previsões constitucionais das dez funções sociais das cidades, inspiradas nas Cartas de Atenas. É certo que para identificação das funções sociais das cidades devem-se aproveitar os trabalhos dos urbanistas europeus que trabalham na construção das Cartas de Atenas, combinado com o que dispõe a Constituição federal. Para tanto, fez-se um levantamento das previsões constitucionais, partindo-se dos dez elementos caracterizados das funções sociais, pelo menos em um plano teórico, para se verificar se o Brasil recepcionou, ou mesmo ampliou, esses elementos de funcionalidade social das cidades.

O elenco dessas normas estão presentes no Quadro 2, separadas por funções sociais da segunda Carta de Atenas. O método para a coleta desses dados foi a busca no texto constitucional de disposições que diretamente estão relacionadas às funções sociais da cidade.

Função social (Carta de Atenas)	Constituição Federal
Cidade para todos	Art. 1º, IV; Art. 5º, XIII; Art. 6º; Art. 7º, IV; Art. 21, XX; Art. 22, XXIV; Art. 23, II, V, IX, X, XII; Art. 24, IX; Art. 30, V, VI, VII; Art. 144, I; Art. 170, VII; Art. 183; Art. 187, VIII; Art. 191; Art. 196/200; Art. 205; Art. 217; Art. 243; Art. 79 (ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS).
Cidade participativa	Art. 23, II; Art. 196/200.
Cidade refúgio	Art. 5º; Art. 21, XX; Art. 23, IX, XII; Art. 187, VIII; Art. 243; Art. 79 (ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS).
Cidade saudável	Art. 1º, IV; Art. 5º, XIII; Art. 6º; Art. 7º, IV; Art. 21, XX; Art. 23, II, IX; Art. 196/200; Art. 217, § 3º; Art. 227; Art. 243; Art. 79 (ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS).
Cidade produtiva	Art. 1º, IV; Art. 5º, XIII; Art. 6º; Art. 7º; Art. 22, XXIV; Art. 23, V, XII; Art. 24, IX; Art. 30, VI; Art. 170, VIII; Art. 205.
Cidade inovadora	Art. 1º, IV; Art. 5º, XIII; Art. 6º; Art. 7º; Art. 21, XX; Art. 22, XXIV; Art. 23, V, IX; Art. 24, IX; Art. 30, V, VI; Art. 144, § 10, I; Art. 187, VIII; Art. 200, V; Art. 205; Art. 213, § 2º; Art. 218, § 1º, § 2º, § 3º, § 4º, § 5º, § 6º e § 7º; Art. 219, Parágrafo único; Art. 219-A; Art. 219-B, § 1º, § 2º; Art. 243; Art. 79 (ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS).
Cidade acessível e com mobilidade racional	Art. 6º; Art. 7º, IV; Art. 23, II, XII; Art. 30, V; Art. 144, § 10, I, II; Art. 196/200; Art. 217, § 3º; Art. 227.
Cidade ecológica	Art. 1º, IV; Art. 5º, XIII; Art. 6º; Art. 7º, IV; Art. 21, XX; Art. 22, XXIV; Art. 23, II, V, IX; Art. 24, IX; Art. 30, V, VI; Art. 144, § 10, I; Art. 170, VI; Art. 187, VIII; Art. 196/200; Art. 205; Art. 217; Art. 225; Art. 227; Art. 243; Art. 79 (ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS).
Cidade cultural	Art. 6º; Art. 22, XXIV; Art. 23, III, IV, V; Art. 24, VII, VIII, IX; Art. 30, VI, IX; Art. 205; Art. 215, § 1º, 2º, 3º; Art. 216; Art. 216-A
Cidade contínua	Art. 6º; Art. 22, XXIV; Art. 23, III, IV, V; Art. 24, VII, VIII, IX; Art. 30, VI, IX; Art. 205; Art. 216

Fonte: Elaborado pelos autores

Fonte: Elaborado pelos autores

Quadro 2 Previsões legais sobre função social da cidade no Brasil

Os artigos indicados na tabela acima, embora não esgotem o tema, trazem os principais dispositivos constitucionais que contemplam direitos que possibilitam e autorizam o Poder Público a cumprir as funções sociais das cidades (urbana e rural), garantindo: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político; direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados; a garantia que a propriedade atenderá a sua função social; determina que salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, deverá ser capaz garantir ao cidadão o atendimento de suas necessidades vitais básicas e as de sua família; estabelece que deverão ser instituídas diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos e também a garantia das diretrizes e bases da educação nacional, programas de educação para todos, incluindo educação infantil e de ensino fundamental, assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; os

meios de acesso à cultura, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; moradias e condições e de saneamento básico; combate as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; política de educação para a segurança do trânsito, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial, bem como garante a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, para prestar serviços de atendimento à saúde da população; redução das desigualdades regionais e sociais, habitação para o trabalhador rural; práticas desportivas profissionais e não profissionais; destinação de terras desapropriadas por exploração de culturas ilegais ou trabalho escravo, para programas de habitação popular, programas de erradicação da pobreza; destinação de recursos públicos às escolas públicas, comunitárias ou programas filantrópicos, inclusive com destinação de bolsas de estudos para alunos dessas escolas; promoção e incentivo do desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação; viabilizando o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do p, dentre outros.

Nota-se que em relação às dez funções sociais da segunda Carta de Atenas a Carta Magna brasileira tem previsão de direitos e garantias, seja de planejamento da política pública municipal participativa, ou mesmo de direitos e garantias fundamentais.

A implantação de políticas é definida pela literatura especializada como a “disciplina investida do desafio de interpretar o Estado em sua dimensão reguladora efetiva” (GOULART, 2016, p. 458). As políticas públicas traduzem plataformas de instituições e atores políticos e respondem às demandas societárias. Nesse sentido, “são instituídos códigos normativos e tomadas decisões por autoridades governamentais que definem regras que tanto podem alterar as condições de vida dos indivíduos como manter o status quo (GOULART, 2016, p. 458).

Um ponto merecedor de destaque quanto a construção e execução das políticas públicas municipais participativas que reflitam em um isonômico estado de bem-estar aos municípios com o respeito aos seus direitos fundamentais é quanto à competência dos entes federativos. A previsão do artigo 182 (BRASIL, 1988), ao estabelecer a obrigação executória ao poder público municipal em relação à política de desenvolvimento

urbano, deve ser entendida em consonância com a continuidade de sua disposição, ou seja, essa política deve ser executada em conformidade com as diretrizes gerais fixadas em lei. Essas diretrizes gerais estão inscritas na própria Constituição Federal e em leis infraconstitucionais, em particular o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

Entendemos que essas diretrizes gerais são balizadoras na construção das políticas urbanísticas pelo Município para que este cumpra sua função social. Por esse motivo é que esse dispositivo deve ser interpretado com conjunto com os artigos 21, 22, 23, 24 e 30 (BRASIL, 1988), e que ampliam o rol de dispositivos presentes na Tabela 2. Parte-se da competência administrativa da União, tais como: “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (art. 21, IX, BRASIL, 1988); “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações” (art. 21, XVIII, BRASIL, 1988); “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (art. 21, XX, BRASIL, 1988); “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho” (art. 21, XXIV, BRASIL, 1988); “estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa” (art. 21, XXV, BRASIL, 1988).

Ainda em relação às competências materiais, o artigo 23 (BRASIL, 1988) estabelece competência comum de todos os entes federativos, e relacionados às políticas públicas municipais participativas são todos os incisos, in verbis:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII preservar as florestas, a fauna e a flora;

- VIII fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- IX promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- X combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
- XI registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
- XII estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Em seu parágrafo único (art. 23, BRASIL, 1988) há determinação de que leis complementares fixarão normas para cooperação entre esses entes federativos, e o artigo 3º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) estabelece competência à União, sem esgotar as atribuições de interesse da política urbana, sendo:

Art. 3o Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

I legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;

II legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;

III promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais, de saneamento básico, das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público;

IV instituir diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público;

V elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

Assim, compete à União estabelecer diretrizes gerais sobre diversos assuntos relacionados ao urbanismo, e que deverão ser obrigatoriamente respeitados pelo Poder Público Municipal no momento de elaboração e execução de suas políticas públicas municipais participativas, respeitando-se assim os direitos fundamentais dos munícipes, a fim de garantir uma cidade que proporcione bem-estar aos seus moradores, urbanos e rurais.

Quanto à competência legislativa da União, o artigo 22 estabelece a competência privativa para: “direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (art. 22, I, BRASIL, 1988); “desapropriação” (art. 22, II, BRASIL, 1988); “águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão” (art. 22, IV, BRASIL, 1988); “diretrizes da política nacional de transportes” (art. 22, IX, BRASIL, 1988); “regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial” (art. 22, X, BRASIL, 1988); “trânsito e transporte” (art. 22, XI, BRASIL, 1988); “jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia” (art. 22, XII, BRASIL, 1988); “populações indígenas” (art. 22, XIV, BRASIL, 1988); “emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros” (art. 22, XV, BRASIL, 1988); “organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões” (art. 22, XVI, BRASIL, 1988); “seguridade social” (art. 22, XXIII, BRASIL, 1988); “diretrizes e bases da educação nacional” (art. 22, XXIV, BRASIL, 1988); “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III” (art. 22, XXVII, BRASIL, 1988). O parágrafo único do artigo 21 (BRASIL, 1988) prevê que os Estados poderão ser autorizados a legislar sobre questões específicas em relação a essas matérias.

Quando se lança o olhar para a competência legislativa concorrente descrita no artigo 24 (BRASIL, 1988), o Município, incumbido de executar a política de desenvolvimento urbano que tem por escopo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus moradores (urbanos e rurais) não aparece em seu caput. Porém, deve-se ter como premissa maior a parte do artigo 182 (BRASIL, 1988) quanto às diretrizes gerais, e estas estão presentes em alguns incisos de competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, sendo: “direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico” (art. 24, I, BRASIL, 1988); “produção e consumo” (art. 24, V, BRASIL, 1988); “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” (art. 24, VI, BRASIL, 1988); “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico” (art. 24, VII, BRASIL, 1988); “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico,

estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 24, VIII, BRASIL, 1988); “educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação” (art. 24, IX, BRASIL, 1988); “previdência social, proteção e defesa da saúde” (art. 24, XII, BRASIL, 1988); “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência” (art. 24, XIV, BRASIL, 1988); “proteção à infância e à juventude” (art. 24, XV, BRASIL, 1988); “organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis” (art. 24, XVI, BRASIL, 1988).

Como o próprio dispositivo esclarece, a competência da União é de estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º, BRASIL, 1988), sem excluir a competência suplementar dos Estados (art. 24, § 2º, BRASIL, 1988), e estes exercerão a competência legislativa plena, no sentido de atender a suas peculiaridades, em caso de inexistência de lei federal (art. 24, § 3º, BRASIL, 1988).

Tendo em vista essas disposições gerais da União e dos Estados, quanto à competência material e legislativa, bem como a competência comum do Município com outros entes federativos, o Município deve atuar em harmonia com os entes federativos para que possa alcançar as funcionalidades da cidade. Embora o artigo 30 seja um dispositivo constitucional específico para determinar sua competência direta, o mesmo reforça a tese de interação e harmonia entre os entes federativos. Vê-se isso em alguns de seus incisos, como em relação à competência legislativa compete aos Municípios “legislar sobre assuntos de interesse local” (art. 30, I, BRASIL, 1988); competência suplementar à legislação federal e estadual (art. 30, II, BRASIL, 1988); “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial” (art. 30, V, BRASIL, 1988); “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental” (art. 30, VI, BRASIL, 1988); “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (art. 30, VII, BRASIL, 1988); “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII, BRASIL, 1988); “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (art. 30, IX, BRASIL, 1988).

Com a abordagem das competências dos entes federativos, não somente do Município, conclui-se que políticas públicas municipais participativas devem ser construídas em forma de leis, bem como executadas pela municipalidade, em respeito e harmonia com as diretrizes estabelecidas pelos outros entes federativos (União e Estados). A própria inserção dos cidadãos na discussão dos temas urbanísticos é uma construção legal originária dos outros entes federativos, especialmente a União. O município no momento de criação dessas políticas, além do respeito a essas disposições, ainda deve adaptá-las às peculiaridades e interesses locais, com uma ampla discussão com a população, e para isso valendo-se dos instrumentos urbanísticos de gestão democrática das cidades (OLIVEIRA et al., 2016).

Ao se verificar que a Constituição federal prevê uma gestão democrática das cidades, de forma a construir políticas públicas participativas (KLEBA; COMERLATTO; FROZA, 2015; OLIVEIRA et al., 2016), o presente trabalho propõe que essas Políticas Públicas sejam construídas por meio dos Instrumentos de Planejamento, baseadas nas dez funções sociais, de forma a garantir o respeito aos Direitos Fundamentais dos cidadãos, assim como pode ser visto na Figura 1, onde é apresentado um esquema de atuação do Poder Público municipal.



Fonte: Elaborada pelos autores

Figura 1 Esquema de construção de Políticas Públicas Participativas para alcançar as funcionalidades sociais das cidades.

Com isso, devem ser elaboradas políticas públicas que possibilitem ao administrador público municipal, juntamente com os cidadãos, implementar à sociedade em geral o acesso à terra, à moradia, ao trabalho, ao lazer, ao transporte, à educação, à saúde, à segurança, ao saneamento ambiental, aos serviços públicos em geral, disponibilizando

à população infraestruturas básicas para garantir melhor qualidade de vida, e demais direitos fundamentais.

Um componente na elaboração dessas políticas públicas viabilizadoras dos direitos dos cidadãos torna-se absolutamente essencial, que é a participação do próprio interessado, seja uma atualização singular (particular) ou coletiva (representado pela sociedade civil organizada). Somente políticas públicas criadas com a atuação desses integrantes da sociedade podem mais facilmente cumprir com sua funcionalidade social.

Por esse motivo é que se propõe outra estrutura para o cumprimento das funções sociais da cidade, em que as Políticas Públicas Participativas que dão origem aos instrumentos de planejamento que a compõem (planejamento, execução, monitoramento e avaliação), em forma de planos, programas, ações e atividades, em que abrangem as dez funções sociais das cidades, para o respeito dos Direitos Fundamentais, onde esses direitos decorrentes das funções sociais estarão presentes.

2.3 CONCLUSÃO

A pesquisa revela que a Constituição Federal garante às cidades (na totalidade de seu território, urbano e rural) que a função social seja plenamente respeitada, definindo as competências do Poder Público, para aplicação e garantia dos direitos sociais, embora não defina com clareza quais seriam todos esses direitos.

Cumprir observar que o reconhecimento e aplicação desses direitos pelo Poder Público, sociedade e classe política, ainda é muito reduzido, e somente por meio da implantação de políticas públicas sérias é que será possível que as dez funções sociais referidas e identificadas nessa pesquisa sejam realmente reconhecidas e contempladas nas políticas públicas municipais e conseqüentemente sejam implantadas, a fim de proporcionar a todos os indivíduos a aplicação da legislação e ver garantido o direito à cidade para todos, cidade participativa, de refúgio, saudável, produtiva, inovadora, acessível e com mobilidade racional, ecológica, cultural e contínua.

O interesse social deve prevalecer sobre o interesse político, norteador da elaboração das políticas públicas, sejam elas de âmbito federal, estadual ou municipal, na busca pelo cumprimento da função social das cidades e acordo com as diretrizes e responsabilidade de implantação, conforme estabelecido na Constituição Federal.

Os trabalhos desenvolvidos pelos urbanistas europeus, nas Cartas de Atenas, servem de base orientadora de como se alcançar o cumprimento das funções sociais das cidades, tema que é tratado em harmonia com o cumprimento da função social da propriedade urbana e rural.

A Constituição Federal brasileira é receptível ao conceito alargado de cumprimento da função social da cidade, que deve ser alcançado com o estabelecimento de políticas públicas participativas. Essas políticas públicas devem sempre contar com a participação da sociedade. Tais políticas dão origem aos instrumentos de planejamento, e que devem abranger as funcionalidades das cidades, com respeito aos direitos fundamentais de seus habitantes, em um trabalho harmônico entre os entes federativos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

BERNARDI, Jorge Luiz. Funções sociais da cidade: conceitos e instrumentos. 2006. 136 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Urbana) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

CARTA de Atenas: de novembro de 1933. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ARQUITETURA MODERNA – CIAM, 4., 1933, Atenas. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Atenas%201933.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

EUROPEAN COUNCIL OF TOWN PLANNERS. Conseil Européen des Urbanistes La nouvelle charte d'Athènes 2003. Disponível em: <www.ceu-ectp.org>. Acesso em: 02 abr. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Estatuto da cidade comentado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOULART, Jefferson O.; TERCI, Eliana Tadeu; OTERO, Estevam Vanale. Planos diretores e participação política: políticas públicas de planejamento entre o empresariamento e o estatuto da cidade. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 50, n. 3, p. 455-476, jun. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122016000300455&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 maio 2017.

KLEBA, Maria Elisabeth; COMERLATTO, Dunia; FROZZA, Kenia Munaretti. Instrumentos e mecanismos de gestão: contribuições ao processo decisório em conselhos de políticas públicas. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 1059-1079, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000401059&lng=e&nrm=iso>. Acesso em: 01 maio 2017.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. Metodologia do trabalho científico. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

OLIVEIRA, Celso Maran de et al. Democracia participativa no direito urbanístico. São Carlos: EdUFSCar, 2016.

_____. Instrumentos urbanísticos de participação pública no Brasil e em Portugal. In: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Direito ambiental contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141-176.

RIANI, Frederico Augusto d'Avila. Constituições programáticas, funções estatais, políticas públicas e a (in)competência do Judiciário. Sequência, Florianópolis, n. 66, p. 137-160, jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 maio 2017.

RIBEIRO, Joana Aparecida Zavaglia Mascarenhas Torres; MOREIRA, Tomás Antonio. A política fundiária nos planos locais de habitação: entre a demanda terra e o direito de propriedade. Ambiente Construído, Porto Alegre, v. 14, n. 4, p. 217-232, out./

dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-86212014000400015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 maio 2017.

SALEME, Edson Ricardo. Parâmetros sobre a função social da cidade. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/141.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2017.

Capítulo 3

REFLEXÕES SOBRE A PRÁTICA URBANA DOS DIREITOS: O DIREITO À CIDADE COMO DIREITO A TER DIREITOS¹

Valerio Nitrato Izzo²

3.1 INTRODUÇÃO: A CIDADE E OS DIREITOS

A hipótese de partida é a de que a cidade constitui hoje um dos lugares mais interessantes a partir dos quais se podem observar as práticas de reivindicação, proteção e de implementação dos direitos. Central a este tipo de análise é a recente caracterização das ‘cidades dos direitos humanos’, fenómeno social, institucional e jurídico, que vê as cidades como uma primeira instância de promoção dos direitos humanos. Só muito recentemente o termo cidade dos direitos humanos começou a assumir uma fisionomia suficientemente definida de modo a abranger um campo de estudos e de metodologias bastante heterogéneo (OOMEN; DAVIS; GRIGOLO, 2016). Alguns autores deram o uso da expressão diretamente daquela lefebvriana de direito à cidade (OOMEN; BAUMGARTEL, 2014), enquanto outros definem a cidade dos direitos humanos como “uma cidade que é organizada segundo normas e princípios dos direitos humanos” (GRIGOLO, 2016, p. 277). De acordo com esta última interpretação, a especificidade das cidades dos direitos humanos surge, de facto, dos diferentes pontos de contato e de divergência entre ‘direitos humanos’ e ‘cidade’. A relação com o direito à cidade é aqui individualizada através da sua visão como práticas distintas, potencialmente complementares, indicando um dos problemas fundamentais inerentes à compreensão destas duas práticas, aquela da cidade dos direitos humanos e a do direito à cidade, que para Grigolo (2016, p. 285) se diferenciam também pela diversa tipologia de direitos que as mesmas invocam. O que as une é o contexto em que as mesmas ganham existência, isto é, o ambiente urbano, a cidade. O que importa sublinhar é que o complexo de práticas

¹ O texto reprende e reelabora parcialmente alguns dos resultados do projeto “TRAM: TRA.sformazioni M.etropolitane. La città come spazio politico. Tessuto urbano e corpo politico: crisi di una metafora” (FIRB 2012, cod. RBFRI2590Q, investigadora responsável Prof. Giulia Maria Labriola), em particular NITRATO IZZO, V., La pratica urbana dei diritti: sul diritto alla città come diritto ad avere diritti. In LABRIOLA, G. M. La città come spazio politico: tessuto urbano e corpo politico: crisi di una metafora, Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, p. 353-390. Disponível em: <<http://www.tramproject.it/index.php/publicazioni/contributi-in-volume-saggi-articoli/>>. Acesso em: 20 abr.2017.

² Doutor em Filosofia do Direito pela Università degli Studi di Napoli Federico II

referido constitui um dos principais fatores de aproximação sensível entre cidade e direito, e que hoje permite evidenciar uma urbanização dos direitos fundamentais (AUBY, 2013, p. 270). Neste sentido, a cidade torna-se um local de encontro e, frequentemente, de desencontro, entre construções de direitos para e através da cidade que reenviam certamente também a perspectivas políticas e a contextualizações geográficas diversas, onde os movimentos pelo direito à cidade se dão com frequência o objetivo direito de ir para lá da cidade atual, de modo a transformá-la num sentido mais inclusivo (CHUECA, 2016).

As observações de Grigolo (2016) acerca de ver as cidades dos direitos humanos e o direito à cidade como duas práticas são particularmente relevantes neste caso. Se se concebe o direito à cidade como um direito a ter direitos, entendido, por sua vez, como uma atividade reivindicativa aberta e em constante evolução, é evidente que a construção da cidade dos direitos humanos é uma prática que, a partir de baixo e da dimensão horizontal da cidade, é capaz de oferecer um terreno de conquista e de luta pelos direitos diferente daquele exclusivamente estatal, ainda que a este se deva referir. O acento na prática permite, ainda, considerar os limites conceituais de uma definição exclusivamente formal de cidade dos direitos humanos, considerando como tal cidades que se empenharam na defesa dos direitos humanos através de um ato formal. Nesse sentido, é então possível distinguir entre cidades dos direitos humanos num sentido formal, isto é, aquelas cidades que adotaram atos formais relativos ao respeito pelos direitos humanos (incluindo aqui também atos jurídicos não imediatamente vinculantes, como a adesão a documentos de soft law, como as cartas de direito à cidade), e cidades de direitos humanos em sentido material, ou seja, cidades onde a prática social e institucional de tutela dos direitos é efetivamente promovida e apoiada³. De forma análoga, pode fazer-se referência ao facto de que se o fenómeno normalmente inclui aquelas que podem ser cidades de direitos humanos em geral (general human rights cities), com o intuito de proteger e promover os direitos humanos na sua generalidade, não é raro o caso de cidades que centram o seu interesse institucional num específico âmbito dos direitos humanos ou, até, num único direito (OOMEN, 2016, p. 7).

A observação das práticas de direitos humanos a partir de baixo e em contexto urbano valoriza, assim, aquela que é uma das maiores expectativas tidas em relação a

³ A dificuldade reside em identificar indicadores empíricos quantitativos e/ou qualitativos suficientemente confiáveis para fazer um juízo deste tipo.

este fenómeno, ou seja, a possibilidade de que sejam as cidades a fazer emergir não só um nível adicional na proteção multi-nível dos direitos, típica do atual sistema jurídico internacional, mas também o de fornecerem um contexto no qual sejam desenvolvidos novos métodos para gerar soluções relativas aos direitos humanos (SOOHOO, 2016, p. 258).

Delineada a relação entre cidade e direitos humanos, o itinerário que se procura percorrer é aquele de usar a ideia de direito a ter direitos no âmbito de uma teoria performativa dos direitos e da sua prática reivindicativa como pano de fundo conceitual para melhor compreender as potencialidades jurídicas do direito à cidade. Assim como as duas práticas referidas anteriormente, também aqui a interação entre os dois conceitos é rica de possibilidades de sobreposição e de redundâncias. Deve-se, assim, tentar esclarecer em que sentido a prática dos direitos pode assumir um valor heurístico interessante para o tema em questão.

3.2 A PRÁTICA DOS DIREITOS NO ESPAÇO URBANO

A narração dos direitos no contexto atual não é, necessariamente, aquela de uma sua celebração acrítica. A perspectiva na qual me movo nesta sede não é aquela de ocultar tais dificuldades, que emergem de problemas políticos e jurídicos profundos. Trata-se, ao invés, de encontrar um terreno fértil que permita dar sentido a uma luta pelos direitos que é hoje cada vez mais global, e no seio da qual o contexto urbano, a cidade nas suas várias formas e declinações, surge como um dos lugares onde se torna mais intensa e, portanto, visível, esta prática (SASSEN 2008, p. 281).

É, com efeito, uma abordagem do problema que procura repensar como olhar os direitos, não só sob o perfil conceitual e definatório, mas sobretudo valorizando o aspeto performativo que reside na sua componente reivindicativa (ZIVI, 2011). Neste sentido, é a atividade de reivindicação de um direito da parte de um determinado grupo social que permite definir ou redefinir, modificar ou cancelar uma determinada compreensão, concepção ou aplicação desse direito. Ora, essa permite observar como esta atividade, por sua vez vinculada a normas ou capaz de as modificar, constitua um ato de constituição de um campo de subjetividade jurídica e política no qual as representações sociais sejam postas em discussão através da sua própria prática (ISRAËL, 2012).

Como se sabe, a expressão “o direito a ter direitos” (the right to have rights) foi cunhada por Hannah Arendt (1951) e surge no capítulo 9, no final da parte II de *As Origens do Totalitarismo*. Tal aparece como um apelo à necessidade de a comunidade evitar que o estatuto de apátrida, de uma pessoa privada de cidadania, possa danificar em concreto a sua existência jurídica, assim como a fruição da maior parte dos direitos.

Estas duas referências ao direito a ter direitos, não obstante a sua fragmentariedade, inspiraram, graças à sua fórmula evocativa, um intenso debate entre académicos, e que hoje está particularmente vivo (INGRAM, 2008; NÄSSTRÖM, 2014; GOLDONI; McCORKINDALE, 2012, p. 305-356).

Algumas análises procuraram indagar mais de perto o sentido da expressão “direito a ter direitos” a partir de uma perspectiva teórico-jurídica, que problematizasse a juridicidade da expressão (MICHELMAN, 1996; BENHABIB, 2004). Para Michelman (1996 p. 203-205), o aspeto mais interessante da visão de Arendt é aquele de conexionar ação e direito, enquanto na sua análise os mesmos estão ligados à perspectiva da ação no seio de uma qualquer pertença à comunidade. Para o filósofo Balibar (2012, p. 89), “trata-se da capacidade ativa de reivindicar direitos num espaço público, ou melhor ainda, dialeticamente, da possibilidade de não ser excluído do direito de lutar pelos próprios direitos”..

Aqui chegados, é necessário perguntar-se de que modo o direito a ter direitos pode funcionar como um conceito heurístico em âmbito jurídico. Dentre as poucas tentativas feitas, o trabalho de Kesby (2012) é particularmente interessante. A hipótese de partida é a de usar o direito a ter direitos como ponto de observação crítica sobre o direito internacional e de observar como práticas de reivindicação dos direitos possam ser relevantes para aquele ramo do direito. A argumentação desenvolve-se olhando os diferentes modos de conformação da subjetividade jurídica como nacional, cidadã, fundada na humanidade e política. O argumento mais significativo de Kesby (2012, p. 145) é o de considerar o direito a ter direitos como um “gesto de de-legitimação” (delegitimising gesture), ou seja, a atividade de denominar os direitos de modo tal que nenhuma dimensão ou esfera possa esgotar completamente a nossa visão do sujeito de direitos. A construção da tese de Kesby (2012) deve muito à crítica desenvolvida por Rancière, relativamente à concepção dos direitos como atividade política, a Arendt. Nesta leitura, o elemento central é a arena política na qual a luta pela igualdade se funda em elementos

jurídicos, concebendo os direitos humanos como atividade performativa de tipo reivindicativo, ao invés de a conceber como um problema de ausência de direitos (rightlessness) por falta de uma comunidade política. Nesse sentido, pois, é a própria luta por fazer parte da comunidade que plasma a subjetividade jurídica e política.

Dada a abordagem que se está seguindo, é necessário, a este ponto, confrontar-se com uma crítica que põs em evidência alguns problemas relativos à concepção de direitos de Arendt e que, como se verá, tem implicações importantes para o problema da relação entre direito a ter direitos e direito à cidade. Tal interpretação se refere à potente crítica feita por Rancière à concepção de direitos humanos de Arendt (SCHAAP, 2011).

Num artigo dedicado à discussão da ideia de direitos humanos, no qual o filósofo francês se confrontou com a concepção de direitos de Arendt, criticando a dependência a um estatuto ligado à comunidade, sintetiza-se de modo admirável a relação direitos/prática reivindicativa: “os direitos do homem são os direitos daqueles que não têm direitos a fruir e que têm direitos que não têm” (RANCIÈRE, 2004, p. 302). Noutro trabalho é possível ler que “os direitos do homem e do cidadão’ são os direitos daqueles que lhes dão concretaza” (RANCIÈRE, 2004, p. 74). Com estas citações, o sentido é o de iluminar de que modo a perspectiva aqui em questão abre uma diversa compreensão da prática do direito a ter direitos. Se se observa uma luta, frequentemente considerada urbana, como aquela dos migrantes e dos sans papiers, apreça-se a diferença entre os dois autores. A diferença quanto a Arendt é que o processo de subjetivação depende diretamente da luta pela afirmação dos próprios direitos. É especificamente sobre este ponto que a leitura de Kesby (2012) se manifesta, pela sua eficácia e força heurística. Considerar o direito a ter direitos como um constante “ato de deslegitimação”, no direito, contra o direito, abre o direito a um reconhecimento das suas próprias exclusões (KESBY, 2012, p. 147). Trata-se da constante observação que cada posicionamento de um indivíduo portador de direitos poderia ser diferente, que a sua articulação atual poderia ser diversa daquela que é. Aqui surge intacta seja a força da luta radical pela igualdade, seja a luta pelos direitos na sua intrincada relação.

De outra área da cultura jurídica surge, por seu lado, a perspectiva de Rodotà (2015). No seu O direito de ter direitos – que, não obstante o título não aprofunda muito a relação entre a sua proposta e a de Arendt – relaciona o debate sobre direitos e proteção das prerrogativas individuais no confronto com o domínio do mercado ao debate sobre

a dignidade humana, e, deste ponto de vista, a dignidade torna-se a primeira qualidade de cada ser humano – pessoa – e um potente contra-argumento a usar contra a limitação dos direitos, especialmente dos sujeitos mais vulneráveis. Trata-se de um defeater que pode ser posto em jogo progressivamente, como possível fundamento de outras, e mais específicas, reivindicações: “o ‘direito de ter direitos’ conota a própria dimensão do humano e da sua dignidade, persiste como uma garantia estável contra todas as formas de totalitarismo” (RODOTÀ, 2015, p. 7). Usando a dignidade como uma cláusula aberta, Rodotà (2015) desenvolve, no seio de uma moldura definida como ‘constitucionalismo das necessidades’, fortemente ligada às práticas de luta pelos direitos que, à escala global, subsiste como uma das dimensões mais transversais da nossa época, aquela que é talvez a última autêntica grande narração (RODOTÀ, 2015, p. 94-95). Se, na precedente análise feita por Kesby (2012), é mais explícita a relação com uma prática performativa dos direitos, no caso de Rodotà (2015) assume valor central a defesa dos direitos fundamentais estatuídos no longo e rico catálogo de direitos consagrados pelo constitucionalismo europeu da segunda metade do século XX, e a sua dimensão axiológica centrada na ideia da pessoa e não na sua dependência da disponibilidade de recursos provenientes do mercado. Essa, porém, não encerra, aliás, poder-se-ia dizer que se funda, numa prática dos direitos:

E assim, através de uma ação quotidiana, diferentes sujeitos metem em cena uma ininterrupta declaração de direitos, que retira a sua força não de uma qualquer formalização ou de um reconhecimento a partir de cima, mas de uma profunda convicção de mulheres e homens que, só assim, podem encontrar reconhecimento e respeito pela sua dignidade e pela sua própria humanidade (RODOTÀ, 2015, p. 6).

Como se viu, são muitos os autores que consideram útil uma análise crítica da noção de direito a ter direitos, para a pensar e utilizar, muitas vezes indo contra a sua formulação original, como um conceito heurísticamente frutuoso em âmbito jurídico. Podia-se, a este ponto, tentar utilizar este aparato conceitual numa área diversa, como aquela da cidade, onde se verificam muitas reivindicações de direitos, um elemento de justiça espacial. Direitos e espaço são coproduzidos a partir de uma prática reivindicativa de direitos, na qual os dois elementos se mantêm juntos. É a ação social a operar simultaneamente, e a influenciar seja a produção do direito, seja a do espaço: a luta pelos direitos produz espaço (MITCHELL, 2003, p. 29). Se o direito a ter direitos é, fundamentalmente, um direito à inclusão política (MICHELMAN, 1996, p. 205), então a cidade

é, seguramente, um daqueles espaços em que esta inclusão é demandada, contestada, negociada e, muitas vezes, negada. A prática de reivindicação, indo para lá do esquema do estado constitucional, surge em cada lugar e contra toda a autoridade que possa ser identificada como responsável (INGRAM, 2008, p. 413). E é desta prática que nasce uma nova forma de cidadania urbana, onde a relação com a nacionalidade se rompe. Não está aqui em jogo a cidadania como status, mas sim aqueles “atos de cidadania” que, para lá do estatuto ou da qualidade, permitem aos sujeitos constituir-se como cidadãos ou, melhor ainda, como aqueles que têm “o direito a ter direitos” (ISIN, 2008, p. 18). Não se defende aqui que a cidade seja o único lugar em que tais percursos sociais se materializam, mesmo que seja um dos mais importantes. Não só no sentido do espaço físico onde alguns sujeitos podem reivindicar determinados direitos ou outras formas de reconhecimento social, mas, de forma mais geral, como constatação de que a cidade é, atualmente, um lugar onde a política se materializa, acontece, com ou sem, contra ou a favor de, políticas estatais, regionais, ou locais. Seguindo esta linha argumentativa, o urbano e o político apresentam-se de novo, historicamente, numa simbiose, já que a cidade não pode ser reduzida a um local onde acontece um tipo de política ‘baixa’, pouco importante quando confrontada com aquela de outras entidades (MAGNUSSON, 2014).

A emergência da prática das cidades de direitos humanos e a sua conexão com o direito à cidade torna possível um contato entre estes conceitos, que é o que se propõe fazer na próxima secção.

3.3 O DIREITO À CIDADE: DE LEFEBVRE AO SEU RECONHECIMENTO FORMAL

O direito à cidade é uma expressão que pouco se presta a uma análise que parta da que é feita pela concepção tradicional e representações dos direitos que nos fornece a teoria do direito e, em geral, os estudos jurídicos.

Não me ocuparei, aqui, de sustentar nenhuma tese relativa a uma ‘correta’ ou ‘verdadeira’ interpretação da ideia original de Lefebvre e da sua expressão “direito à cidade”. Procurarei, ao invés, usar o instrumento teórico do “direito a ter direitos” para fazer uma leitura geral do direito à cidade, no contexto de uma sua interpretação jurídica centrada no aspeto teórico. Deste ponto de vista, guiar-me-ei por interpretações da fórmula “di-

reito a ter direitos” diretamente relacionadas com uma concepção dinâmica dos direitos fundamentais.

A literatura sobre o direito à cidade floresceu nos últimos anos graças a um renovado interesse pelo trabalho de Lefebvre e ao empenho de autores e ativistas influentes como David Harvey, Herbert Soja, Peter Marcuse, Margit Mayer, entre outros. Ao mesmo tempo, houve um interesse renovado pela ideia do direito à cidade a partir de uma perspectiva jurídica. Uma insatisfação comum aos dois filões de investigação é a radical indeterminação da própria expressão direito à cidade, um significador vazio, na definição de Harvey (2012, p. xv). Se um certo grau de indeterminação pode ser importante para tornar o conceito vivo na esfera social sem o transformar num debate meramente vinculado à reconstrução das diversas teorias e significados, o seu excesso contribui para a emergência de alguns problemas ligados à sua incerteza conceitual.

Deste ponto de vista, é possível que a leitura do direito à cidade como direito a ter direitos não consiga – e não seria essa a sua ambição – resolver esta contradição fundamental. Pelo contrário, penso que possa servir como forma de manter a relação entre a dimensão jurídica e política do direito à cidade, na medida em que a mesma é usada, atualmente, por uma variedade de autores, de movimentos sociais e instituições internacionais, sem necessariamente provocar uma rotura pura entre as duas dimensões, que surgem assim interligadas. Deste modo, penso que tal interpretação permite uma chave de acesso aos processos de subjetivação política e jurídica na esfera urbana. Mais do que concentrar-se sobre a problemática de quais os direitos que podem ser incluídos na categoria de “direito à cidade”, e de como os mesmos possam, eventualmente, conflitar entre si – um aspeto que preocupa pouco vários dos autores do direito à cidade de formação não jurídica –, a sua compreensão como direito a ter direitos pode garantir a função primária de tais direitos, ou seja, a pretensão de não serem excluídos daquele grupo de direitos que se vão definindo como essenciais. O que não significa, outro dos aspetos que tem sido descuidado, que entre as diferentes reivindicações não possam surgir problemas de compatibilidade, de balanceamento entre diversas visões e perspectivas.

Esclarecidos alguns pressupostos, é necessário, pois, tentar reconstruir alguns dos traços essenciais do conceito elaborado por Lefebvre. Procurando sintetizar, o direito à cidade, para este autor, corresponde a diversas dimensões, algumas das quais sobrepostas: 1. A mais tradicional é o direito à vida urbana que se torna o centro da definição

originária de Lefebvre; 2. O direito à diferença; 3. O direito a uma participação ativa na vida da cidade (direito à cidade como ação); 4. Realização da vida urbana como uso (apropriação), por oposição a propriedade. O direito à cidade apresenta-se como um apelo, uma exigência, escreveu Lefebvre numa passagem tornada célebre. Mas muitas vezes esquece-se o contexto em que foi desenvolvida a definição, isto é, o de uma crítica radical à banalização de um direito à natureza que, na verdade, é consequência da degeneração da qualidade da vida urbana: “o direito à cidade não pode ser pensado como um simples direito a visitar ou retornar à cidade tradicional. Pode ser formulado apenas como direito à vida urbana, transformada e renovada” (LEFEBVRE, 1996, p. 158).

Com efeito, para Lefebvre não é possível separar o direito à cidade de um “direito à centralidade” (LEFEBVRE, 1996, p. 195), ou seja, de um direito à participação e a não sermos meros visitantes da cidade, mas sim sujeitos, que do seu ambiente urbano escolhem o destino e o uso, uma centralidade destinada, inevitavelmente, a perder-se no espaço excessivamente amplo das gigantescas megalópoles de hoje. O que é evidenciado por Lefebvre vale também quando se procura repensar o direito à cidade no contexto das cidades históricas europeias. Não é possível defender a sobrevivência da cidade se não se garante o direito à cidade. Nesse sentido, evidencia-se das demais, pela sua clareza, a leitura do direito à cidade feita por Salvatore Settis no seu recente livro *Se Venezia muore* [Se Veneza morre] (SETTIS, 2014). O autor eleva Veneza, de forma brilhante, a paradigma da cidade enquanto tal – “uma máquina para fazer pensar” – (SETTIS, 2014, p. 144) partindo da debilidade da Veneza atual na sua auto-proposta como cidade historicamente única, mas incapaz de se subtrair, ao mesmo tempo, à competição uniformizante da urbanidade global.

É interessante o papel que o direito à cidade tem na construção da defesa apaixonada de Settis (2014), e que merece uma breve reconstrução a este ponto. Ainda que as referências teóricas de partida sejam aquelas canônicas – isto é, Lefebvre, Harvey, etc. –, é muita lúcida a interação entre o difícil caso veneziano e a fecundidade teórica do direito à cidade. Não se trata aqui de um dos tantos panfletos de defesa da cidade histórica, e que não são capazes de se colocar à altura dos desafios atuais. Mostra-se, pelo contrário, como a decadência daquela que é, por definição, a cidade, está estritamente ligada ao esvaziamento da sua dimensão social e que assim é exemplificada pela fórmula, que nunca foi tão concreta, do direito à cidade. Não só no sentido clássico lefebvriano de

uma cidade que deve ser vista como valor de uso e não de troca ou, na questão dramaticamente sensível para Veneza, de concentração da especulação e do lucro urbano, mas, ao invés, no sentido radical de um direito à cidade da parte dos cidadãos que, privados do mesmo, reduziriam a cidade de Veneza a uma espécie de simulacro, a uma sugestiva paisagem sobre a qual se pode projetar um qualquer tipo de projeto arquitetônico: a unicidade do contexto seria fornecida não por uma Veneza enquanto organismo social vivo, mas sim a partir das suas ruínas. Excluindo, ao mesmo tempo, os cidadãos de Veneza da sua própria cidade, como manifestado pela insustentável relação entre residentes e turistas, pondo em perigo a própria unicidade da forma urbana que é Veneza e, assim, de modo paradigmático, levando à destruição da própria ideia de cidade: “uma cidade sem direito à cidade é uma cidade sem cidadãos, uma forma oca” (SETTIS, 2014, p. 103).

É então que o direito à cidade surge em toda a sua imediaticidade e capacidade de síntese. Dado que uma cidade sem cidadãos não pode existir, trata-se de fundir “o capital simbólico da cidade com o capital cívico dos cidadãos, traduzindo-o num informado direito à cidade e fazendo-o florescer” (SETTIS, 2014, p. 132). Lefebvre reconhece de forma explícita o direito à diferença e o direito à informação como direitos complementares à ideia geral de direito à cidade. O direito à cidade é, substancialmente, um direito em formação fundado numa prática social que precede a formalização, já que é consuetudinária (LEFEBVRE, 1996, p. 179). A linguagem de Lefebvre é pouco rigorosa em termos jurídicos, mesmo na consideração histórica do reconhecimento de alguns direitos, ainda que fazendo referência ao momento histórico no qual escrevia, já que alguns deles, como o direito à saúde, ao trabalho ou à educação, eram mais do que consuetudinários. Da sua abordagem, porém, sobressai uma intuição fundamental que aqui se quer evidenciar: os direitos podem viver não só de formalizações a aplicar sucessivamente, mas também de práticas reivindicativas. O que se quer sublinhar é que é a própria indeterminação do direito à cidade que constitui uma importante fonte de organização social para uma construção, a partir de baixo, de uma prática e de um discurso dos direitos.

Proponho, assim, que se leia o direito à cidade como uma prática de luta pelos direitos cuja indeterminação confere a essa mesma prática o sentido de um direito a ter direitos.

O aspeto que quero realçar é o de como esta concepção derive, em particular, da análise de alguns importantes documentos jurídicos para a formação de uma interpretação e aplicação jurídica do direito à cidade. Tal permite, para além disso, navegar o debate atual com maior consciência e equilíbrio. Nas leituras mais atentas das implicações jurídicas do direito à cidade como prática é, de facto, possível distinguir duas abordagens interpretativas: a primeira vê no direito à cidade de Lefebvre uma ideia que necessariamente deverá resistir a todo e qualquer tipo de formalização ou positivização em instrumento jurídico (BUTLER, 2012, p.157-158). Um dos argumentos usados é aquele textual, isto é, a atribuição a Lefebvre de uma certa postura cética, relativamente à oportunidade de codificação de direitos abstractos (LEFEBVRE, 1996). A tónica é posta no valor limitado de um reconhecimento expresso do direito à cidade, entendido como um enfraquecimento da sua capacidade emancipatória com relação à agenda política dos movimentos sociais que o invocam. A segunda abordagem vê no direito à cidade um instrumento passível de um reconhecimento jurídico que se baseie positivamente numa prática dos direitos nele inspirado (MITCHELL, 2003, cap. I).

Um modo de se orientar neste debate é fornecido por um elemento que parece ser descurado por muita da literatura citada. Por um lado, ressalta a ausência de atenção pelo fenómeno das cidades dos direitos humanos. A postura cética em confronto com o reconhecimento jurídico parece ser contradita pela difusão das cidades de direitos humanos, ainda que os consideremos como fenómenos ligeiramente diferentes do direito à cidade, mesmo que fundados ambos numa base de práticas de direitos. Por outro lado, a discussão teórica não parece ancorar-se numa leitura, nem sequer embrionária, da atual riqueza do panorama jurídico, no qual a expressão “direito à cidade” foi usada, nem se olha aos mecanismos jurídicos concretos que podem fundar “um direito à cidade” (AUBY, 2013, p. 273-276). Deste ponto de vista, é possível definir o direito à cidade como um direito de baixos ou débeis níveis de institucionalização, enquanto a aplicação dos direitos humanos na cidade poderia levar a experiências de maior suporte institucional. O baixo nível de institucionalização não serve apenas para iluminar uma dialética entre promoção mainstream dos direitos humanos contra uma mais radical adesão antagonista nas práticas do direito à cidade. As inúmeras reivindicações que fazem parte da demanda de direito à cidade poderiam não refletir-se imediatamente no

aparato jurídico. Em todo o caso, estas duas abordagens não devem ser necessariamente vistas como opostas, mas sim complementares, de formas não previsíveis à partida.

A negação depende, talvez, de um excessivo grau de desvalorização quanto ao reconhecimento dos direitos. E, todavia, não é este, talvez, o modo de sabotar a própria prática de reivindicação que seria assim condenada a uma espécie de eterno retorno a direitos que, não podendo nunca materializar-se em bens necessários à vida, tornariam até supérfluo o apelo aos mesmos? (LABRIOLA, 2014, p. 287). Um olhar às concretas modalidades de reconhecimento jurídico pode ajudar-nos a clarificar a questão.

Enquanto a literatura sobre o direito à cidade florescia, alimentando um dos temas mais debatidos entre as ciências sociais, estudos urbanos e filosofia, a expressão começou lentamente a imiscuir-se entre os juristas através da legislação. Procurarei, a seguir, percorrer algumas das etapas principais desse percurso. Um dos primeiros exemplos é o da *Loi d'Orientation pour la Ville (LOV)*, lei francesa de 13 de julho de 1991, cujo objetivo era o de garantir o direito à cidade. O incipit desse ato jurídico pretendia estabelecer uma relação direta entre aplicação da ideia de direito à cidade e os esforços institucionais contra a segregação urbana. É opinião comum da parte da melhor doutrina que a lei não teve sucesso na sua aplicação, a ponto de ser revogada (AUBY, 2013, p. 277). É interessante notar como as referências relativas aos encontros entre estudiosos para fomentar a discussão sobre a temática pareçam concluir que a expressão “direito à cidade” utilizada no início da lei não fosse mais do que um ornamento retórico. É possível ler a experiência da LOV como uma apropriação, uma estratégia geral de neutralização de um conceito, ou até como a primeira tentativa de uma juridificação do direito à cidade que, a partir daquele momento, se afirmará em contextos jurídicos e geográficos muito diversos. É, talvez, neste segundo sentido que assume maior relevo o facto de ainda hoje se mencionar esta lei.

Outro documento que assinala um passo importante no reconhecimento jurídico do direito à cidade é O Estatuto da Cidade, adotado no Brasil através da Lei 10.257 de 10 de julho de 2001, e que teve a incumbência de ditar a normativa de aplicação dos artigos 182 e 183 da Constituição Brasileira vigente.

No que interessa quanto ao problema em discussão, importa sublinhar como o Estatuto da Cidade tenha regulado como o direito a cidades sustentáveis, no quadro de

garantias relativas a algumas necessidades e serviços essenciais, tais como o direito a um transporte eficiente, a uma habitação digna, a infraestruturas urbanas garantidas da preservação do ambiente urbano, e a possibilidade de as gerações futuras deles usufruírem (cfr. art. 2), devesse necessariamente ser assegurado por uma pluralidade de diferentes bens sociais e serviços e, ao mesmo tempo, por uma possibilidade de controlo democrático sobre a própria cidade (FERNANDES, 2007). Neste sentido, enquanto alguns autores se concentraram mais na ideia de direito à cidade como modo de tornar efetiva a função social da propriedade (ANDRADE, 2012), começa aqui a ser evidente a natureza multiforme do direito à cidade.

É a este ponto oportuno orientar o olhar para os documentos de soft law, não imediatamente vinculantes em termos jurídicos, mas que foram promovidos e adotados pelas instituições e, sobretudo, diretamente pelas cidades, como a Carta Mundial pelo Direito à Cidade, adotada em 2004 sob a égide do programa das Nações Unidas ONU-Habitat. Neste documento, o direito à cidade é definido, no artigo 1, n.º 2, como:

(...) o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos (CARTA..., 2004).

Dois elementos devem ser tidos em atenção. Em primeiro lugar, a ênfase é colocada no uso da cidade, pelo que, nesse sentido, é visto como um direito coletivo e não como um direito individual. Outro aspeto é o que poderia ser definido como “direito subsidiário”, já que interdependente quando em confronto com outros direitos reconhecidos pelos instrumentos de direito internacional. A partir desta leitura é possível ver claramente a natureza do direito à cidade como direito a ter direitos. Não é, de facto, possível enumerar todos os direitos que fazem parte do âmbito de aplicação do direito à cidade. Parece que nos encontramos, assim, perante um meta-direito, uma forma superior de direito a partir do qual se pode obter reconhecimento de outros direitos (LABRIOLA, 2016, p. 67). O segundo elemento, já presente na pioneira lei francesa mencionada, é a

ênfase na discriminação e na segregação urbana. Assim, o direito à cidade é, antes de mais, um direito a não ser excluído da comunidade urbana. A semelhança teórica com o direito a não ser excluído da humanidade, porquanto excluído da comunidade política e jurídica, é notável.

A leitura de uma relação estreita entre cidade dos direitos humanos e direito à cidade como práticas, de alguma maneira, convergentes, no sentido de contribuírem para delinear um quadro necessário à definição de cidade de direitos humanos, está presente na recente definição dos Princípios Orientadores de Gwangju para uma Cidade pelos Direitos Humanos (Princípios de Gwangju), adotados a 14 de maio de 2014, em Gwangju, na Coreia do Sul, por ocasião do IV Fórum Mundial das Cidades de Direitos Humanos de 2014 (FINAL..., 2016). Neste documento, assinado, de forma significativa, numa cidade que assistiu, durante a década de 1980, a massacres e violações maciças dos direitos humanos, seja no preâmbulo como na adoção formal da definição dos princípios, a relação entre cidade de direitos humanos e direito à cidade é constante: cf., a título de exemplo, o artigo 1, n.º 2, onde se lê que “uma cidade dos direitos humanos propõe-se obter o reconhecimento e a atuação do direito à cidade, em consonância com os princípios de justiça social, igualdade, solidariedade, democracia e sustentabilidade”. O que ressalta aqui é que um dos mais recentes e importantes documentos internacionais sobre o tema faz uma interligação entre os dois conceitos, que são entendidos como as duas faces da mesma moeda, de modo a conseguir criar uma cidade que seja, substancialmente, mais justa e respeitosa de todos. Mas a partir do preâmbulo seria possível fazer uma outra leitura, sustentada pela alternância entre a referência inicial à cidade de direitos humanos e aquela sucessiva de direito à cidade. A hipótese que aqui se propõe é a de que no seio da declaração parece subsistir uma espécie de ‘divisão de trabalho’ não completamente líquida, mas, ao contrário, fluída, como se referiu anteriormente, entre a visão da cidade de direitos humanos como lugar onde há um empenho institucional pelo respeito jurídico dos direitos humanos, e um seu complemento ‘político’ (n.ºs 7-8 do preâmbulo), onde o direito à cidade providencia o suporte ‘participativo’, no sentido de uma democracia urbana que permita reconhecer o direito à cidade como instrumento estratégico para exercitar o próprio direito a usufruir de uma vida digna, participando ativamente no contexto urbano (cf. o n.º 7). A escolha dos redatores pareceria, então, ir na direção que aqui se discute, ou seja, a de considerar, por um lado, a cidade como contexto espacial específico de atuação dos direitos, mesmo sem omitir o seu enquadra-

mento num contexto jurídico nacional e internacional mais amplo, e por outro lado, de ver o direito à cidade como um meta-direito, quase como uma moldura semântica cuja indeterminação vai sendo, aos poucos, preenchida a partir da prática.

Se, até este momento, me concentrei em exemplos de afirmação ‘positiva’ do direito à cidade em termos jurídicos, ou seja, em documentos jurídicos e fontes do direito que, de um modo ou de outro, se interessaram ou disciplinaram, de forma direta, o direito à cidade, é oportuno examinar também exemplos de possíveis ‘negações’ do direito à cidade. Podem-se aqui identificar alguns percursos jurídicos que, tendo em mente o tipo de leitura que se procura sustentar, poderiam parecer puros retrocessos ou meras iniciativas de resposta a determinadas formas de movimentos urbanos. Foi o que passou com a Lei italiana n.º 80, de 23 de maio de 2014, fruto de uma iniciativa do governo e de conversão de um precedente decreto-lei (n.º 47, de 28 de março de 2014), que definiu, de forma rigorosa, uma espécie de criminalização de todos os que, em situação de ocupantes sine título de um imóvel, procurassem aceder a bens essenciais como eletricidade, água ou gás, isto é, fornecimentos de tipo residencial, assim como a aquisição de residência nesse imóvel. Ao negar-se o acesso em termos gerais, sem distinguir entre pessoas que ocupam um imóvel em caso de estado de necessidade, com o fim de satisfazer uma necessidade urgente e inadiável, procura-se cancelar a própria ideia de que determinadas pessoas possam ser titulares de determinados direitos, mesmo quando a sua condição não lho permita. Se for entendido exclusivamente como um direito à habitação popular, o direito à cidade, na sua forma emancipatória, poderá ser facilmente superado por opções legislativas que parecem penalizar atos de indivíduos, grupos e famílias, que poderiam não ter outro tipo de escolhas. Mas caso fosse possível invocar uma outra base jurídica legítima para sustentar a conduta sancionada – como invocar o caso de necessidade –, então a ideia de direito a ter direitos, em minha opinião, consegue, de modo evidente, dar conta da construção jurídica do direito à cidade.

3.4 O DIREITO À CIDADE COMO DIREITO A TER DIREITOS: UMA CONCEÇÃO POLIMORFA

Os argumentos apresentados não procuram fornecer uma resposta definitiva ou encerrar o debate sobre o que seja o direito à cidade (ATTOH, 2011), nem supor que tal debate deva necessariamente terminar com uma resposta correta a tal questão. A minha

preocupação, neste texto, foi a de reconstruir e apresentar um quadro conceitual para conceber o direito à cidade como um direito a ter direitos, enquanto forma potente e heurísticamente fecunda para se orientar no debate desenvolvido e, a partir da qual, se possam retirar algumas vantagens, as quais procuro especificar nestas conclusões.

Antes de mais, ligar as duas ideias pode contribuir para colmatar algumas lacunas na literatura, seja na leitura original de Lefebvre como em interpretações sucessivas. A participação na vida urbana, assim como o direito à cidade como exigência e pretensão, inserem-se perfeitamente no quadro traçado pela fórmula arendtiana, como potencial recurso infinito de pretensões normativas relativas seja à vida urbana, seja à subjetividade que tais pretensões possam vir a criar. Outra vantagem de tentar reconstruir o direito à cidade como direito a ter direitos consiste, paradoxalmente, em manter aberta a possibilidade de ser invocado para lá do âmbito urbano. O que aqui se defende é que muita da literatura citada, mesmo a que utiliza a fórmula de modo mais crítico, não parece preocupar-se muito com a possibilidade de que as conquistas de direitos na cidade possam corresponder, talvez num processo não linear, a perdas de direitos noutros contextos geográficos menos vinculados por indicadores demográficos, sociais, geográficos e, até institucionais, da dimensão urbana. Não se trata de mais uma proposta, a escala diversa, da dialética centro-periferia que, mesmo assim, não deixa de ser um dos possíveis instrumentos de leitura deste aparato conceitual. Para evitar que o direito à cidade se torne uma fórmula ‘fagocitante’ em confronto de outras formas de reivindicação, é necessário considerá-lo como uma prática em ação de um direito a ter direitos, a experimentar também em contextos que não sejam necessariamente urbanos.

É possível avançar aqui com uma objeção segundo a qual, na leitura proposta, se poderia simplesmente adicionar mais um elemento de imprecisão, já que a um contexto vago como o direito à cidade se justapõe um outro, também vago, que é o do direito a ter direitos. O risco é real. Contudo, considero que tal relação é necessária. A abertura do direito a ter direitos é ligeiramente diferente, enquanto estrutura, da do direito à cidade. Enquanto este se apresenta como um direito a algo, que é a própria cidade, e é usado como um potente slogan político por movimentos sociais e reivindicações que, no entanto, devem sempre referir-se a aspetos específicos deste direito (habitação; acesso aos serviços; participação democrática; mobilidade; sustentabilidade; gentrificação, etc.), a força da expressão direito a ter direitos reside, exatamente, no seu indeterminado e inde-

terminável núcleo fundamental, que autoriza e requer sempre uma pretensão para além de e até mesmo contra o atual ordenamento jurídico da cidade. Nesta ordem de ideias, esta interpretação do direito à cidade parte das reflexões que, no interno ou no externo do pensamento de Lefebvre, mais contribuíram para instituir um nexo entre o conceito e a ideia de cidadania. Ao estabelecer tal nexo, a noção de cidadania foi entendida como uma prática na qual os direitos, proclamados em termos abstratos ou a nível nacional, nem sempre possam ser efetivos ou possuir o grau de proteção desejada pelos indivíduos. Como exemplo, a luta dos migrantes indocumentados teve, as mais das vezes, uma conotação urbana decisiva. Ao mesmo tempo, baseia-se numa demanda de direitos num espaço que é parcialmente independente seja da nação, seja do estado, e que, ao invés, se concentra num espaço jurídico diverso, que é o da cidade. É, deste ponto de vista, peculiar que o papel da cidade surja como ator fundamental no alargar ou limitar, mas definitivamente no plasmar, a diferença entre atributos formais e materiais da cidadania, um conceito que pode ser repensado a partir das suas diversas esferas de constituição.

Considerar o direito à cidade como direito a ter direitos consente, além disso, ter em conta os diversos atores institucionais que contribuem para preencher o contentor vazio que é o direito à cidade. Dos tantos direitos que podem ser abarcados, nem todos devem, necessariamente, vir de baixo ou de cima, ou de apenas de uma destas direções: o direito à cidade não deve ser garantia exclusiva do estado, mesmo que venha a ser concebido, primariamente, como um direito que garante a função social da propriedade urbana (ANDRADE, 2012). O direito à cidade pode ser visto como um facilitador de pretensões e de estratégias para obter determinados direitos (DIKEÇ, 2009, p. 76). É o terreno de exercício de outros direitos. Mas tal terreno instável é garantido pela prática e não através de direitos garantidos para sempre. O direito a ter direitos baseia-se num mecanismo análogo produtivo de pretensões.

Em conclusão, não é necessário sustentar que o direito à cidade deva, simplesmente, ser substituído por uma interpretação alternativa do direito a ter direitos. É mais útil defender que o direito à cidade, visto como direito a ter direitos, pode permitir outros cenários de aprofundamento teórico e social para uma compreensão dos processos de reivindicação jurídica, que constituem uma parte fundamental da cidade contemporânea como espaço político e jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thiago. Direitos e cidadania: reflexões sobre o direito a cidade. Lua Nova, São Paulo, v. 87, p. 139-165, 2012.

ARENDT, Hannah. The origins of totalitarianism. New York: Schocken Books, 1951.

ATTOH, Kafui. What kind of right is the right to the city? Progress in Human Geography, Londres, v. 35, n. 5, p. 669-685, 2011.

AUBY, Jean-Bernard. Droit de la ville: du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville. Paris: LexisNexis, 2013.

BALIBAR, Etienne. Cittadinanza. Milão: Bollati Boringhieri, 2012.

BENHABIB, Sheila. The rights of others: aliens, residents and citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BUTLER, Chris. Henri Lefebvre: spatial politics, everyday life and the right to the city. Oxon: Routledge, 2012.

CARTA Mundial pelo Direito à Cidade. Disponível em: <<http://normativos.confea.org.br/downloads/anexo/1108-10.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

CHUECA, Eva García. Human rights in the city and the right to the city: two paradigms confronting urbanization. In: OOMEN, Barbara; DAVIS, Martha; GRIGOLO, Michele (Ed.). Global urban justice: the rise of human rights cities. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 103-120.

DIKEÇ, Mustafa. Justice and the spatial imagination. In: MARCUSE, Peter et al. (Ed.). Searching for the just city: debates in urban theory and practice. London: Routledge, 2009. p. 72-88.

FERNANDES, Edesio. Constructing “the Right to the City” in Brazil. Social & Legal Studies, Los Angeles, v. 16, n. 2, p. 201-219, 2007.

FINAL declaration. In: WORLD HUMAN RIGHTS CITIES FORUM, 2016, Gwangju. Anais... Disponível em: <http://www.whrcf.org/page.php?page_code=E40200&act=view&idx=31>. Acesso em: 20 abr. 2017.

GOLDONI, Marco; MCCORKINDALE, Christopher (Ed.). Hannah Arendt and the law. Londres: Hart, 2012.

HARVEY, David. Rebel cities: from the right to the city to the urban revolution. London; New York: Verso, 2012.

ISIN, Engin. Theorizing acts of citizenship. In: ISIN, Engin; NIELSEN, Greg (Ed.). Acts of citizenship. Londres; Nova York: Zed Books, 2008.

ISRAËL, Liora. Qu'est-ce que avoir le droit? Des mobilisations du droit en perspective sociologique. Le sujet dans la cité, Paris, v. 2, n. 3, p. 34-47, 2012.

INGRAM, James D. What is a right to have rights? Three images of the politics of human rights. American Political Science Review, Cambridge, v.102, n. 4, p. 401-416, 2008.

KESBY, Alison. The right to have rights: citizenship, humanity, and international law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LABRIOLA, Giulia Maria. Nuovi spazi, nuovi diritti. In: _____. Filosofia, diritto, politica: scritti in onore di Francesco M. De Sanctis. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2014, p. 267-304.

_____. Trasformazione dello spazio urbano e strumenti del diritto: una riflessione sull'esperienza di Parigi. In: _____. La città come spazio politico: tessuto urbano e corpo politico: crisi di una metafora. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2016.

LEFEBVRE, Henry H. Lefebvre, writings on cities. Oxford: Blackwell, 1996.

MAGNUSSON, Warren. The symbiosis of the urban and the political. International Journal of Urban and Regional Research, Londres, v. 38, n.5, p. 1561-1575, sep. 2014.

MICHELMAN, Frank. Parsing the right to have rights. Constellations, Oxford/Cambridge, MA, v. 3, n. 2, p. 200-208, 1996.

MITCHELL, Don. The right to the city: social justice and the fight for public space. New York; London: Guildford Press, 2003.

NÄSSTRÖM, Sofia. The right to have rights: democratic, not political. Political Theory, Beverly Hills, v. 42, n. 5, p. 543-568, 2014.

- OOMEN, Barbara. Introduction: the promise and challenges of human rights cities. In: OOMEN, Barbara; DAVIS, Martha; GRIGOLO, Michele (Ed.). *Global urban justice: the rise of human rights cities*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 1-19.
- OOMEN, Barbara; BAUMGARTEL, Moritz. Human rights cities. In: GIBNEY, Mark; MIHR, Anja (Ed.). *The Sage handbook of human rights*. London: Sage, 2014. p. 709-729.
- OOMEN, Barbara; DAVIS, Martha; GRIGOLO, Michele (Ed.). *Global urban justice: the rise of human rights cities*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- RANCIÈRE, Jacques. Who is the subject of the right to have rights? *The South Atlantic Quarterly*, Durham, NC, v. 103, n. 2-3, p. 297-310, 2004.
- RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2015.
- SASSEN, Saskia. *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*. Princeton; London: Princeton University Press, 2008.
- SCHAAP, Andrew. Enacting the right to have rights: Jacques Rancière's critique of Hannah Arendt. *European Journal of Political Theory*, Bethesda, Maryland, v. 10, n. 1, p. 2245, 2011.
- SETTIS, Salvatore. *Se Venezia muore*. Torino: Einaudi, 2014.
- SOOHOO, Cynthia. Human rights cities: challenges and possibilities. In: OOMEN, Barbara; DAVIS, Martha; GRIGOLO, Michele (Ed.). *Global urban justice: the rise of human rights cities*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 257-275.
- ZIVI, Karen. *Making rights claims: a practice of democratic citizenship*. London: Oxford University Press, 2011.

Capítulo 4

AS MÚLTIPLAS GEOGRAFIAS DA JUSTIÇA NO SÉCULO XXI: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O QUE É HOJE O TRIBUNAL NO TERRITÓRIO E NO ESPAÇO

Patrícia Branco¹

4.1 INTRODUÇÃO

O que significará hoje falar de tribunais? Continuarão a desempenhar os mesmos papéis e funções que lhes foram atribuídos na modernidade²? E um tribunal em Portugal é igual a um tribunal no Brasil? E dentro de Portugal ou dentro do Brasil, os tribunais serão todos iguais? Não é fácil começar apenas com interrogações. Mas elas são necessárias, e surgem no início, no meio e no fim de qualquer pesquisa. Desta vez, estão no início deste texto, para dar o mote ao que pretendo analisar nas páginas que se seguem.

Começo pois por citar o arquiteto genovês Renzo Piano, o autor do projeto do novo tribunal de Paris, em construção: “Um tribunal é como uma pequena cidade que tem tantas coisas diferentes que precisam estar em harmonia” (FRANCE, 2010). Esta citação me permite falar sobre geografia judiciária, cidades e arquitetura de justiça, e das relações entre o judiciário, o território e o ambiente urbano. A justiça insere-se no tecido urbano e prolonga-se na cidade, nas suas ruas e praças. Por essa razão, o tribunal, não só como lugar e espaço da justiça, mas sim como um espaço estruturante da sociedade, marca também o nosso conhecimento das cidades³ (entendidas aqui como território). E a cidade deve ser aqui vista também como urbana e como rural, como central e como periférica, como distante e como próxima.

Tribunal é aqui invocado, primeiramente, para poder falar de geografia, de território, e de mapas judiciários. Esse será o primeiro eixo de análise: o tribunal no território, que

¹ Doutora em Sociologia do Direito, no âmbito do programa “Direito, Justiça e Cidadania no séc. XXI” pela Universidade de Coimbra.

² Como refere Santos (2011), a compreensão do desempenho dos tribunais exige hoje um entendimento mais amplo do que devem ser as funções do sistema judicial, o que leva a uma reconfiguração do papel por estes exercido nos diferentes países.

³ Basta pensar nos casos de Estrasburgo, e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, e do Luxemburgo, e do Tribunal de Justiça Europeu. No primeiro caso, o Palácio dos Direitos Humanos é um edifício, projetado pelo arquiteto britânico Richard Rogers em 1994, cuja imagem é conhecida em todo o mundo. No segundo caso, o edifício está localizado no planalto de Kirchberg acima da cidade do Luxemburgo, e a sua extensão mais recente foi projetada pelo arquiteto francês Dominique Perrault. Mas mesmo a minha cidade, Coimbra, está ligada ao seu tribunal, localizado numa das mais conhecidas ruas da cidade, a Rua da Sofia, agora Património Mundial da Humanidade pela UNESCO. Estando localizado na Baixa da cidade, é um edifício que, por causa do seu volume e decoração, não só marca a paisagem urbana, mas serve como um símbolo e ícone de referência da própria cidade.

se insere numa jurisdição, que está presente na cidade, mas também no campo; que pode ser central, mas também periférico; que pode estar próximo, mas também distante das populações que deve servir; que pode estar fixo, ou ter caráter itinerante.

Em segundo lugar, tribunal surge como um espaço. Um espaço que serve de interface com diferentes utilizadores, e dos vários utilizadores entre si, com as suas diversas identidades, culturas, conhecimentos, profissões, famílias e conflitos. É um espaço com que alguns se relacionam e frequentam habitualmente e outros apenas ocasionalmente, e que assim condiciona as experiências vividas, e essas mesmas experiências condicionam, por sua vez, as aspirações e os significados que as pessoas relacionam àquele espaço. O espaço é um instrumento crítico de organização (e de disciplinação) humana e social, separando, agregando, vigiando e construindo (de formas muitas vezes abstratas e artificiais) indivíduos e comunidades. Os corpos movem-se nos espaços, e nos espaços são sujeitos de direitos e de deveres; são sujeitos a controlos de diversa ordem; são segregados e oprimidos; são criminalizados e punidos – estamos assim perante o tribunal como espaço de regulação e/ou de violência. Mas é também nos espaços que os corpos competem e protestam, discutem e lutam acerca de ideias, cosmovisões, direitos e igualdades de oportunidades – estamos assim perante o tribunal como espaço de emancipação e de acesso ao direito, de acesso à justiça, de acesso aos direitos e à cidadania.

Analisar o tribunal como espaço implica pensar na sua componente física, e será esse o segundo eixo de análise. O tribunal é, a maior parte das vezes, um edifício, com determinadas características externas e internas. Este edifício, que apresenta hoje múltiplas arquiteturas, serve para legitimar uma determinada estrutura e forma de poder, que é o judiciário. Mas também pretende simbolizar o direito e a justiça, nos seus contextos geográficos e temporais. Que leituras fazer destas arquiteturas, que no século XXI vivem entre o banal e o monumental, entre o eficiente e o negligente? Importa também pensar no tribunal como tecnologia ao serviço do direito, mas também como a tecnologia digital afeta hoje o tribunal enquanto espaço físico. Mas um tribunal pode continuar a ser físico e não ser um edifício, mas sim um barco ou autocarro (ônibus).

Para discutir estes eixos de análise – o tribunal como território e espaço, e suas formas físicas – vou servir-me dos seguintes binómios: próximo e distante; urbano e rural; centro e periferia; fixo e itinerante; físico e virtual.

4.2 O TRIBUNAL NO TERRITÓRIO

Considerar o tribunal no território implica falar, em primeiro lugar, de jurisdição. E jurisdição, usando a definição de Ford (1999), é simultaneamente uma tecnologia material e um ambiente construído (bem como uma intervenção discursiva) ao serviço do direito⁴. Philippopoulos-Mihalopoulos (2016) defende, por sua vez, que jurisdição não é o espaço geográfico real, mas sim aquilo que o direito faz do espaço geográfico. Dorsett e McVeigh (2012) problematizam também a questão da jurisdição, mostrando que as lutas que foram e são travadas de modo jurídico-legal como lutas sobre jurisdição e competência, envolvem, na verdade - e acabam decidindo - questões extrajurídicas de poder e de autoridade.

Mas a jurisdição está a alterar-se, seja em Portugal, como noutros países (veja-se o caso italiano, por exemplo), num processo que se manifesta através de reformas da organização judicial, sobretudo por meio do encerramento de tribunais (note-se que no período entre 2006/2010 houve uma grande redução do número de tribunais de primeira instância em 15 Estados-Membros da União Europeia, como em França e na Irlanda, por exemplo (VERZELLONI, 2014) e da concentração de jurisdições ou de sedes judiciais no território que serve de critério à competência territorial de tais serviços. E este processo tem fortes impactos em termos geográficos, socioeconómicos e de acesso à justiça, sobretudo nas cidades/localidades onde fecham tribunais, pois se o coração da jurisdição é o tribunal, quando este é encerrado ou transferido territorialmente para outra sede, o processo não se dá sem consequências. No que concerne, por exemplo, a reforma do mapa judiciário em Itália⁵, implementada em 2013, uma das críticas feitas à reorganização judiciária foi a de o Ministério da Justiça ter executado um corte linear sem atender às exigências dos territórios⁶ (FERRARIS, 2014).

⁴ Normalmente, os critérios a ter em atenção no tocante à definição de jurisdição são o critério territorial, o funcional, o da matéria a ser decidida e o do valor da causa. Neste texto a preocupação é a do critério territorial.

⁵ Através da qual foram encerradas 220 secções destacadas de tribunal (tribunais localizados dentro do distrito do Tribunal-sede mas deslocados deste, com o objetivo de tornar mais fácil para os cidadãos ao acesso ao tribunal), 31 tribunais (e respetivos departamentos do Ministério Público) e 667 julgados de paz (uffici del giudice di pace).

⁶ Que podem ser, inclusivamente, a da necessidade e importância que assume a presença do tribunal em zonas com uma forte penetração de organizações criminais (FERRARIS, 2014).

Ou seja, o território e a jurisdição do século XXI são muito diferentes dos conceitos clássicos que lhes foram atribuídos (LICCARDO, 2014). Se, durante várias décadas, a distribuição geográfica dos tribunais na Europa (ou seja, o número e a sua localização) permaneceu praticamente a mesma, seguindo as tradições jurídicas e culturais criadas ao longo dos tempos, o desenvolvimento económico⁷ dos diferentes países levou, nos últimos decénios, a alterações demográficas que, por sua vez, alteraram a distribuição dos conflitos, em termos de uma mudança quantitativa da demanda, mas também no que concerne a natureza do conflito. Como consequência, os mapas judiciais tornaram-se, em muitos casos, ineficientes, com dimensões e competências desadequadas às realidades sociais e geográficas dos diversos países, conduzindo a grandes diferenças em termos das atividades dos tribunais (CHAPPE; OBIDZINSKI, 2013; THE EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE - CEPEJ, 2013). Nesse sentido, as reformas preconizadas, numa ótica de contenção de custos e de otimização dos recursos, defendem não só a redução do número de tribunais, mas também a concentração de competências materiais, o que é visto como produzindo um reforço da especialização dos magistrados e de determinadas competências materiais. O objetivo é, pois, o de obter um número ideal de jurisdições, sendo o escopo final maximizar a atividade judicial, otimizando-se, ao mesmo tempo, os custos operacionais dessa atividade⁸ (CHAPPE; OBIDZINSKI, 2013). É interessante aqui referir a crítica feita por Carnevali (2014) a propósito da reforma do mapa judicial em Itália, acima referida. Segundo este autor a reforma encetada em 2013 não teve nenhuma intenção de implementar uma profunda (e necessária) inovação do “sistema de justiça” como um todo, mas teve como intenção explícita apenas a de alcançar o objetivo final exigido por lei - eficiência, eficácia e racionalização dos custos – em especial através do encerramento de tribunais.

⁷ A revisão do mapa judicial tornou-se um problema para vários países europeus (e não só, visto que a questão tem sido debatida também no Brasil) em virtude das suas preocupações com a dívida pública e a perene questão da ineficiência dos tribunais (em especial no que concerne a morosidade e aumento dos processos pendentes). O impacto da crise económica é, neste contexto, muito significativo: veja-se o caso português, cuja reforma da organização judiciária encetada em 2014 foi resultado de imposições da Troika, na sequência da assistência financeira por parte do Banco Central Europeu, do Fundo Monetário Internacional e da União Europeia.

⁸ É possível, pois, fazer uma divisão entre os países do norte e centro da Europa e os países do sul da Europa. No que concerne os primeiros, verifica-se que países como a Dinamarca, Noruega, Suécia ou Holanda reduziram o número de tribunais por razões que se prendem, sobretudo, com questões de otimização dos recursos da justiça e não com a redução de custos, optando, assim, pela concentração e especialização de competências materiais, bem como por um uso crescente de novas ferramentas tecnológicas com o objetivo de melhorar a qualidade da instituição judiciária. Também em França e na Bélgica o objetivo foi, numa abordagem gestionária, o da aplicação de métodos de gestão e de eficiência aos seus mapas judiciais. A questão da redução de custos afeta sobretudo os países do sul da Europa, como Portugal, Itália e Grécia, mas também a Irlanda ou o Reino Unido, cujas reformas encetadas em termos das respetivas geografias da justiça visaram, em especial, uma redução do número de tribunais, sobretudo numa ótica de redução de custos.

4.2.1 PRÓXIMO E DISTANTE

A revisão do mapa judiciário dá corpo a um debate aceso acerca do enfraquecimento da chamada 'justiça de proximidade' (isto é, o direito que os cidadãos têm de não ver a sua demanda de justiça cerceada devido a uma localização desadequada do tribunal no território), sobretudo quando são fechados tribunais ao nível local, transferindo-se competências materiais e territoriais para zonas mais distantes. São, por isso, expressos, muitas vezes, receios sobre o risco de alguns litigantes virem a ser impedidos de levar as suas demandas para os tribunais por causa do aumento da distância a percorrer para chegar ao tribunal mais próximo. É assim interessante a análise efetuada por Espinosa et al. (2015), no âmbito da reforma implementada em França em 2007/2008. Os resultados da pesquisa sugerem, de facto, que a demanda judicial foi afetada tanto pela distância como pelos encargos assumidos pelos tribunais que receberam processos dos tribunais que foram encerrados. Litigantes potenciais em áreas onde um tribunal foi fechado têm-se mostrado menos propensos a instaurar novas ações. Além disso, verificam-se ainda efeitos de congestionamento nalguns dos tribunais recipientes de processos, isto é, onde houve agregação de jurisdições. Para mais, a transferência de juizes dos tribunais encerrados para os tribunais recipientes parece também ter diminuído a produtividade média do tribunal.

De facto, as questões da distância a percorrer e a carência de transportes acessíveis no território servido, as dificuldades socioeconómicas das populações, e a falta de uma rede (minimamente articulada) de mecanismos públicos de resolução de conflitos (judiciais e extrajudiciais) torna difícil, em muitas situações, a proximidade institucional do judiciário, limitando as condições de exercício do direito de acesso aos tribunais e, em última instância, à justiça, como garantia de uma tutela efetiva dos direitos dos cidadãos. Neste aspeto, é importante falar das tensões inerentes à relação entre distante e próximo no tocante ao acesso à justiça, já que o fecho de tribunais pode levar à existência de “lacunas” na prestação de serviços jurídicos e criar “necessidades jurídicas não satisfeitas”, e que têm de ser resolvidas a fim de satisfazer tanto as necessidades de legitimação do Estado como as necessidades de contencioso dos cidadãos. Uma cartografia crítica do sistema de justiça explicita, pois, o impacto que a ausência ou presença das estruturas judiciárias tem sobre a construção da conflituosidade social, tornando invisíveis um conjunto de conflitos que acabam não sendo processados no judiciário devido, em boa medida, à sua forma de organização territorial (AVRITZER et al., 2014).

Assim, a localização geográfica do tribunal continua a ser muito importante devido à necessidade de proporcionar acesso à justiça a nível local. Há que atender, pois, à qualidade e quantidade da rede de transportes existente, bem como disponibilidade de meios de comunicação nos territórios servidos, e existência de outros mecanismos de resolução de litígios (THE EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE - CEPEJ, 2013; CHAPPE; OBIDZINSKI, 2013). Estas discrepâncias ou lacunas nas regras e formas de distribuição dos recursos e na abrangência da cobertura do sistema oficial traduzem-se, na prática, em distintos patamares de inclusão social e de cidadania (LAURIS, 2009). Enquanto ponto de interseção entre o político e o jurídico-institucional, o problema do acesso à justiça revela-se, pois, um excelente indicador sociológico com referência a princípios como os da participação, igualdade e justiça sociais, pelo que as barreiras à sua concretização, materializadas numa distância geográfica entre usuários da justiça e judiciário, são encaradas como barreiras ao exercício da cidadania e à efetivação da democracia.

Esta questão é, porém, muitas vezes, relativizada por alguns autores, dado que a presença física das partes e de outros participantes nas audiências é cada vez menos vista como importante, atendendo à implementação das tecnologias da informação (TIC) nos processos judiciais, em especial o uso da videoconferência, pelo que a distância física já não é encarada como um obstáculo sério em termos de acesso à justiça (DIJK; DUMBRAVA, 2013). Uma das questões que o debate tem tecido é, pois, a da compensação tecnológica, isto é, que a tecnologia pode facilitar o acesso a serviços remotos. Por exemplo, em França, no âmbito da reforma do mapa judiciário, a supressão de numerosas jurisdições foi, aparentemente, ‘compensada’ pela criação de “pontos de visualização em meio rural” (COMMAILLE, 2013). Há que considerar, contudo, que a introdução das TIC nos sistemas de justiça se pode traduzir também numa disparidade de acessibilidade entre os diferentes usuários e ter impactos em termos do princípio da imediatividade das audiências (CARBONI, 2014; DUMOULIN; LICOPPE, 2011). De facto, o aumento do uso da tecnologia no tribunal tem o potencial de transformar as noções tradicionais de julgamento, já que a espacialização do direito, a oralidade e a imediatividade das audiências são dinâmicas da administração da justiça que estão a ser questionadas. Mas fica outra questão: quantos usuários serão capazes de beneficiar dessa interação tecnológica, assumindo que tal é possível em todo o tipo de jurisdição?

Mesmo na era do digital, nem todos os conflitos podem ser resolvidos por interação tecnológica (pensemos nos conflitos de família, do trabalho, que envolvem direitos sociais, entre outros); e quando uma larga percentagem da população mundial continua a mostrar altos índices de analfabetização, para além de altos índices de pobreza, é utópico pensar que todos podemos estar ligados em rede ou ter acesso à justiça através das TIC.

4.2.2 RURAL E URBANO

Como refere Liccardo (2014), os tribunais do terceiro milénio são chamados a ser espaços específicos e valoriais de uma relação conectiva com o território. Neste contexto, deve notar-se que as discussões decorrentes do projeto de encerramento de um tribunal emergem como particularmente significativas da percepção de perda simbólica e socioeconómica que tal implica para a cidade/localidade em questão (COMMAILLE, 2000), sobretudo quando estão em causa zonas mais rurais. Simbolicamente, o encerramento de um tribunal é visto como uma perda de cidadania, mas em termos reais estamos a falar de um provável obstáculo no que ao acesso à justiça concerne. A este respeito é importante nomear as tensões ligadas à relação entre centro e periferia, entre litoral e interior, entre rural e urbano, entre norte e sul, uma vez que o encerramento dos tribunais pode provocar a existência de “desertos judiciais” em certas áreas do território, bem como a criação de mega-fóruns através da concentração de jurisdições, especialmente em cidades que já apresentam maior crescimento económico, aumentando assim as assimetrias no tocante aos processos de urbanização e de desenvolvimento do território (AVRITZER et al., 2014; GOMES, 2013). O que resultará numa geografia da justiça a duas velocidades, com territórios urbanos bem servidos em termos de organização judicial, enquanto outras zonas, mais no interior e ruralizadas, perdem no acesso aos serviços, assim condicionando o acesso à justiça dos cidadãos que habitam nesses territórios. A geografia simbólica da justiça torna a sua geografia real distante das necessidades dos justiciáveis.

Como defendem Avritzer et al. (2014), o problema do acesso à justiça pode ser entendido numa chave diferente se transitarmos do modelo quantitativo para o modelo cartográfico. No modelo quantitativo aparecem três variáveis: população, movimento processual⁹ e receita tributária municipal. Estas variáveis, porém, desconsideram ele-

⁹ No caso português, por exemplo, o movimento processual tido em conta para justificar o encerramento dos tribunais durante a reforma de 2014 foi altamente criticado, já que as estatísticas da justiça nem sempre são fiáveis.

mentos importantes para a análise do acesso à justiça pela via dos direitos quando se analisam a geografia e os territórios da justiça: no caso da população, assume-se a ideia de homogeneidade e o sistema de justiça não se organiza a partir dos tipos de conflitos e/ou litigância que podem vir a surgir localmente, sabendo-se que os conflitos que surgem em zonas rurais/interior são, muitas vezes, diferentes dos que surgem em zonas urbanas/litoral. Em segundo lugar, presume-se que toda a prestação judicial será igual, o que é desmentido por Economides (2012), já que o direito, através da forma como estão organizados os serviços judiciais, comporta-se de forma bastante diversa em contextos não-metropolitanos, frequentemente negando os direitos de cidadãos que vivem em áreas rurais ou remotas, já que as condições locais continuarão a exercer influência sobre a forma como o direito e a justiça são exercidos, aplicados e apreendidos, e essas condições continuam a ser cruciais quando se trata de explicar a demanda latente e real de serviços jurídicos. Por fim, beneficia-se das condições económicas das cidades que já apresentam uma maior receita tributária, em vez de tentar produzir, pela presença do poder judiciário, melhores condições em municípios mais pobres ou menos afluentes¹⁰ (AVRITZER et al., 2014). No que concerne Portugal, por exemplo, Gomes (2013) defende que as políticas públicas não devem incorporar uma política punitiva das sociedades pelos seus constrangimentos territoriais, económicos ou sociais, ao contrário do que se tem verificado, já que os processos de urbanização do território português levam a que o perfil de um país dividido se acentue, discriminando o interior, mais rural, em relação ao litoral, mais urbano, provocando assim assimetrias na procura judicial. No caso irlandês, por exemplo, o repórter Michael Clifford (2014) afirmou que: “O que se verifica é uma sociedade a dois ritmos. Enquanto nas cidades a recuperação está em curso, especialmente em Dublin; para lá delas, a Irlanda rural está em paralisia”, o que afeta gravemente a procura da justiça ao nível local e denota a falta de investimento feita nas zonas rurais em termos da administração da justiça, com fecho de vários tribunais, e construção de tribunais nos grandes centros urbanos, como na capital ou em Cork City.

4.2.3 CENTRO E PERIFERIA

Em muitas situações, o tribunal constituía, e constitui ainda, um centro para e na cidade. Mas, como diz La Cecla (2008), os lugares nunca estão parados. Vejamos dois exemplos: Nápoles e Paris.

¹⁰ Isto significa que o tribunal não é apenas gerador de uma economia local, mas também serve como promotor de uma competitividade territorial, uma vez que atrai população e investimentos, já que as empresas se fixam em áreas onde podem contar com a existência de um sistema judicial para a recuperação de créditos.

Em Nápoles, a justiça mudou-se do centro histórico para o Centro Direzionale (CDN), um projeto com revisão final do arquiteto japonês Kenzo Tange (mas também com projetos de outros arquitetos como Renzo Piano, Nicola Pagliara, e Beguinot), e que, ainda que não seja muito distante da zona histórica da cidade, traduz bem este movimento de assentamentos em novas áreas urbanas. Na verdade, para as pessoas que trabalham e vivem no CDN é como se se encontrassem numa ilha separada da cidade (VICARI HADDOCK, 2005). As razões para o desenvolvimento de um centro empresarial em tal zona reflete discursos diferentes: o primeiro discurso tomou forma em torno da idéia de que a cidade de Nápoles, que cresceu imenso como ambiente construído durante as décadas de 1950 e 1960, precisava de ser modernizada; o segundo discurso baseou-se na necessidade de retirar as funções administrativas e de gestão do centro da cidade, superlotado e invadido pelo tráfico automóvel; uma terceira razão foi a necessidade de regenerar uma área urbana onde se encontravam abandonadas zonas industriais e bairros decadentes (VICARI HADDOCK, 2005). Contudo, a razão principal para o investimento do Estado na zona ocorreu com a decisão de construir novos tribunais para a cidade. Isto é, a localização do novo centro judicial é o resultado do que pode ser considerado como a mais importante ação de marketing para promover o CDN. Ou seja, o centro de negócios como um produto da mudança do centro judicial.

Também em Paris, o novo tribunal, projetado por Renzo Piano, como referi acima, que irá substituir o Palais de Justice na Île de la Cité, está a ser construído não muito longe da avenida periférica que marca os limites administrativos da capital, em Clichy Batignolles, no centro da futura Grand Paris. Como afirmado por Piano (2012): “Estes grandes edifícios expressam o urbanismo e a civilização. (...) Hoje, há que salvar os subúrbios. Eliminar a noção de periferia é o desafio dos próximos 30 anos”. Houve, no entanto, um grande debate acerca deste deslocamento do centro judicial para a periferia de Paris. Foi, até, criada uma associação, composta principalmente por profissionais forenses, chamada, precisamente, “La Justice dans la Cité” (AVOCATS PUBLISHING, 2005), a justiça na cidade, que tinha por objetivo defender a manutenção do Tribunal de Grande Instância de Paris no seu local tradicional, visto como um lugar simbólico da justiça, a fim de garantir, como defenderam, uma melhor organização dos serviços judiciais no interesse dos cidadãos de Paris. Denunciando o que consideraram ser o custo injustificável do projeto, a sua futilidade, e as consequências negativas para a justiça,

a associação promoveu uma série de recursos para o Tribunal Administrativo de Paris, e em 2014 decidiram apelar ao Conselho de Estado que, no entanto, rejeitou a petição.

Estes exemplos permitem apontar algumas tendências. Por um lado, há aqueles que, como Garapon (1997) ou Bifulco (2007), vêem nesta deslocação para os subúrbios não uma mutação da morfologia da cidade, mas sim uma confirmação da velha distância que separa o tribunal da cidade (BIFULCO, 2007), e que o isolamento dos edifícios dos tribunais contemporâneos não é senão um sinal de uma sacralidade tipicamente judiciária. Por outro lado, como argumentado por Jacob e Marchal-Jacob (1992), o movimento de deslocação pode ser visto como uma perda de prestígio, tanto para a justiça, que nesta nova paisagem urbana e judiciária se distancia dos centros de poder e perde assim o seu simbolismo; como para a cidade: de acordo com Langdon (2003), a deslocação de um edifício público, como o do tribunal, embora a uma curta distância do centro da localidade, pode ter um grande impacto na economia e vitalidade de um centro urbano. Finalmente, estas tendências também podem ser lidas como uma indicação de que a cidade está em contínua mutação e que os tribunais passaram por grandes mudanças na sua relação com o espaço público e urbano, embora continuem a ser peças urbanas importantes, com impacto na morfologia da cidade.

Como argumenta Trione (2014), a partir de Zevi, a cidade é uma geografia perpetuamente reformulada através da nossa presença, a partir dos nossos passos. Uma vez que a cidade cresce a um ritmo frenético, já não é possível impor um sistema coerente de relações entre as suas diferentes partes, pois a cidade espalha-se, emergem os subúrbios e as periferias, sem os elementos que tradicionalmente caracterizavam a cidade (TÁVORA, 1982). Ao mesmo tempo, como as cidades de hoje são policêntricas, expressões como centro e periferia parecem já não fazer sentido e sugere-se que sejam substituídas por expressões como dispersão, difusão ou cidade em extensão (PORTAS, 2012). Por tais razões, com as alterações demográficas e estruturais torna-se difícil pensar na localização para um novo tribunal, dadas as necessidades de acessibilidade, transportes e de outros serviços (incluindo uma rede articulada de mecanismos de resolução de conflitos), uma vez que muitas cidades já estão, em muitos casos, congestionadas e disfuncionais. Note-se também que o movimento de assentamentos de tribunais em novas áreas urbanas pode permitir ainda o desenvolvimento urbano das localidades (ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES - ASJP, 2007). Tal é sinalizado

pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (2014), que defende, nas guidelines que elaborou sobre as infraestruturas dos tribunais, que na escolha dos locais para novos tribunais é importante considerar as perspectivas de desenvolvimento urbano no médio e longo prazos.

4.2.4 FIXO E ITINERANTE

Como referi, um dos critérios a atender quando se fala de jurisdição é aquele que se relaciona com o aspeto territorial. O que a jurisdição faz é, então, criar fronteiras dentro dos territórios, que os separam e dividem em termos da competência que o poder judiciário exerce nos mesmos. Para Garapon (1997) o primeiro gesto da justiça não é intelectual nem moral, mas sim espacial, e por isso mesmo, simbólico: delimitar um espaço onde se estipulam as regras do jogo, se estabelecem objetivos e se instituem atores, isto é, cria-se o espaço da jurisdição (que será também arquitetural, como aprofundarei nas próximas secções). A jurisdição nos diz o onde a partir do qual o direito pode “falar”, e a forma autoritativa pela qual o pode fazer (BRIGHAM, 2009). O que significa que a doutrina jurídica exige que o tribunal se encontre constituído num local fixo (MOHR, 1999), isto é, num território delimitado e num edifício definido. Assim, a jurisdição territorial pode ser definida como o território rigidamente mapeado dentro do qual os poderes legais institucionalmente definidos são exercidos por instituições formalmente organizadas, isto é, pelos tribunais (FORD, 1999).

Mas se hoje a jurisdição territorial parece algo de inevitável, nem sempre foi assim, como sabemos, já que o Tribunal de Corte tinha um carácter itinerante, circulando de terra em terra ao ritmo das deslocações régias, alojando-se nos paços onde o rei estabelecia a corte (NUNES, 2003). Em Portugal, por exemplo, as reformas de territorialização da justiça e de estruturação organizativa dos tribunais judiciais com um carácter mais abrangente surgiram apenas com o Decreto de 16 de maio de 1832, isto é, já em pleno século XIX, proposto por Mouzinho da Silveira, que visou garantir a existência de autoridade judiciária ao nível micro das freguesias e a cobertura do país de tribunais de segunda instância (GOMES, 2013).

Pelo que a jurisdição é um conceito recente, um efeito da moderna cartografia, por um lado, e da centralização do poder político, por outro, produzindo identidades políticas, sociais e jurídico-culturais dentro das fronteiras ou linhas que são territorial ou

espacialmente delimitadas (FORD, 1999). Usando os conceitos de Santos (1988), uma análise da cartografia simbólica do direito, feita também de mapas judiciários, permite-nos perceber quais os efeitos que a escala produz ou pode produzir no uso e na estrutura do direito, da justiça, e nos direitos dos cidadãos que a ela recorrem ou potencialmente poderiam recorrer.

Mas como tratei nas secções anteriores, o local da jurisdição pode ser distante das populações, pelo que a sua natureza fixa pode não servir os interesses, expectativas, exigências e demandas jurídicas dos cidadãos. No caso brasileiro, por exemplo, os dois obstáculos mais óbvios no acesso à justiça são, por um lado, as enormes dimensões geográficas do país e, por outro, as profundas disparidades económicas entre as diferentes regiões (FERRAZ, 2016). Neste contexto, a distribuição das demandas concentra-se nos grandes centros urbanos, com maiores índices de rendimento e onde poucos litigantes estratégicos apresentam capacidade de aceder aos tribunais, enquanto que a organização judiciária se apresenta com uma distribuição irregular no seio do território¹¹, reproduzindo e acentuando as vulnerabilidades socioeconómicas e legais dos demais potenciais litigantes, já que os mesmos se encontram afastados geograficamente do judiciário (FERRAZ, 2017).

Ora, no sentido de procurar esbater essa distância, criaram-se, a partir dos anos 1990¹², modalidades de prestação jurisdicional itinerante – terrestre, fluvial e aérea – deslocando a jurisdição fixa, e centralizada, até às populações marginalizadas ou hipossuficientes, onde são atendidas em estrutura móvel (ônibus ou vans ou barcos) ou fixa adaptada (usando edifícios públicos como escolas, por exemplo), através de programas que procuram adaptar-se às peculiaridades regionais e territoriais (nos casos fluviais, os barcos atracam junto às comunidades ribeirinhas; nos casos dos ônibus, estes, normalmente, estacionam em locais ou praças centrais, onde há grande circulação de pessoas), e adequar a competência das matérias tratadas ao perfil da localidade atendida (incluindo informação jurídica, preenchimento de formulários, tentativa de resolução de conflitos em diversas matérias, desde consumo, família, acidentes rodoviários ou outros) (REBOUÇAS et al., 2016; FERRAZ, 2017). Por outro lado, esta itinerância

¹¹ A título de exemplo, o estudo de Avritzer et al. (2014) veio indicar, para o Estado de Minas Gerais, que, do total de 853 municípios, 38,5% não possuem instalações permanentes do judiciário (fórum), nem Defensoria Pública, e apenas 22,8% do total de municípios mineiros é que conta com tais estruturas, o que é um dado muito relevante e demonstra a fraca presença do judiciário neste Estado brasileiro (a par de outros).

¹² A partir de 2004 a Justiça Itinerante passou a ter carácter obrigatório, já que a Emenda Constitucional n.º 45 determinou que todos os tribunais do país (estaduais, federais e trabalhistas) deveriam criar programas de itinerância (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÓMICA APLICADA - IPEA, 2015).

da jurisdição tem efeitos sociais positivos, pois em diversas localidades transforma-se numa oportunidade de levar outros serviços às comunidades distantes, como atendimento médico e informação sobre higiene e saúde, ou ainda informação sobre questões previdenciárias e outras (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA, 2015). Como descreve Ferraz (2012) em relação ao programa de Justiça Itinerante Fluvial do Amapá, no Rio Amazonas, a grande maioria da população do Bailique não tinha registro de nascimento antes da Justiça Itinerante, pelo que “o trabalho de mais de uma década de promoção efetiva do acesso à Justiça, com regularização documental dos habitantes – agora aptos a receber os benefícios – e, sobretudo, de conscientização de seus direitos, teve uma importância crucial no desenvolvimento do povoado” (assim registrando as diferenças entre os anos de 2005 e de 2011).

4.3 O TRIBUNAL NO ESPAÇO E COM FORMA

Para ser eficaz, a jurisdição deve estar inscrita no espaço (GOODRICH, 2008), geográfica e arquitetonicamente. Na primeira parte falei de jurisdição em termos geográficos, falarei agora do tribunal como um espaço com forma(s).

Como bem nota Mohr (1999), os nossos tribunais são a conjugação de dois importantes conceitos: o conceito de “público” e o conceito de “lugar” – isto é, são a institucionalização de um discurso autoritativo situado. Temos, por um lado, a dimensão do tribunal como a instituição difusora de representações acumuladas no sistema simbólico ordenador de como as sociedades se reveem, procedem e se julgam; e, por outro lado, temos o tribunal como espaço físico, o lugar onde acontece a administração da justiça (PAQUETE DE OLIVEIRA, 2010). Assim, o conceito de processo judicial está intimamente ligado à localização, à arquitetura e ao uso que é feito dos edifícios da justiça, ou seja, dos tribunais (SPAULDING, 2012). Infelizmente, os edifícios dos tribunais não têm desempenhado um papel relevante na maioria das análises sobre o judiciário; contudo, analisar o ambiente construído do Judiciário é uma tarefa vital, pois tal análise revela as práticas sociais, os valores e os ideais políticos que permeiam e sustentam o Judiciário (BYBEE, 2012).

Na verdade, o conceito de tribunal, enquanto edifício ou espaço da justiça, é uma invenção bastante recente (MULCAHY, 2013). Começou de forma bastante rudimentar e, pouco a pouco, desenvolveu-se por meio de diversos estilos arquitetônicos e de uma

organização interna complexa, dando origem a tipologias especializadas e sofisticadas de edifícios de tribunais para atender à evolução das regras processuais e de direito substantivo: como tribunais criminais, tribunais civis ou cortes supremas. E o desenvolvimento da arquitetura dos tribunais como um campo de especialização não só teve um efeito significativo na institucionalização do direito, mas também ajudou os profissionais do direito a ganhar legitimidade (MCNAMARA, 2004).

Quando hoje imaginamos um tribunal há a tendência para pensarmos num edifício público com uma determinada configuração, forma e estilo, que transmite um sentimento de peso, de importância, de autoridade¹². Tradicionalmente, os tribunais são edifícios diferentes dos edifícios circundantes, cuja existência está marcada culturalmente: foi a partir dos séculos XVIII e XIX que o conceito de espaço público começou a surgir e a deixar marcas na arquitetura, estabelecendo-se novos padrões de conforto, novos tipos arquiteturais, com um crescente interesse nas formas clássicas e em novas práticas espaciais, onde o público e o privado se distinguem. De acordo com as já referidas Directrizes sobre a organização e acessibilidade das infraestruturas judiciais da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (THE EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE - CEPEJ, 2014), nomeadamente as directrizes n.ºs 50 a 56, um tribunal (palácio de justiça) é, pois, “um edifício específico onde é aplicada a justiça”. Assim, os edifícios dos tribunais, por meio de sua arquitetura particular, fornecem não apenas um espaço para o funcionamento do direito e da justiça, mas definem também um cenário através do qual as pessoas experienciam a autoridade judicial (GOODRICH, 2008; LUCIEN, 2010).

Mas o simbolismo arquitetônico dos tribunais mudou. Mesmo que tenha havido uma variação considerável ao longo do tempo em termos de design e tendências arquitetônicas, hoje em dia, no entanto, há uma ruptura com os modelos herdados do passado. De acordo com Mulcahy (2013), isso ocorreu em parte como resultado de uma mudança de gostos, mas principalmente como uma reação contra os grandes edifícios do século XIX que serviram para institucionalizar o direito, mas, ao mesmo tempo, tiveram como efeito assustar, discriminar e distanciar certos tipos de participantes nas audiências. Mas há mais no que toca a esta ruptura: tem a ver com mudanças no contexto social

¹² Em Portugal essa imagem mental está profundamente ligada ao tipo de tribunal criado durante o Estado Novo, sendo que estando estes edifícios ainda em atividade continuam a marcar as nossas representações sociais e simbólicas de como deve ser o edifício de um tribunal.

(BYBEE, 2012). O que significa que os profissionais da justiça questionam os espaços onde aplicam a justiça e onde trabalham, quotidianamente; implica que as outras formas de resolução de conflitos reclamem o seu lugar a envolver-se no exercício de uma função de justiça e, por essa via, instiguem a uma mudança dos espaços (tradicional e novos); e leva a que os utilizadores desses espaços questionem as suas condições, as suas acessibilidades, as suas valências. Obriga, pois, a questionar se estamos perante um serviço público de justiça que se quer ver legitimado quer pelos seus profissionais, quer pelos utentes, dado os tribunais serem os locais, por excelência, da confrontação das reivindicações dos direitos e de promoção de causas suscetíveis de serem transformadas em direito (COMMAILLE; KALUSZYNSKI, 2007; BRANCO, 2015).

Nestas mudanças destacam-se a banalização dos edifícios, as preocupações com a criação de novas valências e com a segurança e a desmaterialização da justiça, interligando-se com os novos conceitos e correntes da linguagem arquitetónica. Se por mais de dois séculos a arquitetura dos tribunais foi dominada por um tipo oficial e reconhecível de edifícios (o Templo da Justiça em primeiro lugar, e mais tarde o Palácio da Justiça), na contemporaneidade, já que deixamos de ter regras estéticas fixas, os novos edifícios dos tribunais necessitam ser solenes, funcionais, abertos e baratos, tudo ao mesmo tempo (BELS; BRANCO, 2017). Este requisito para representar e materializar a justiça em democracia é, no entanto, difícil e contraditório, especialmente num momento de crise (política, económica e social) e de austeridade, como o que atravessam as nossas sociedades. Assim, entre projectos de “arquitectos estrelados”, como Richard Rogers (em Bordéus ou Antuérpia) ou Dominic Perrault (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias) e adaptações de edifícios existentes, sobretudo de tipo residencial, os tribunais ocupam edifícios que variam entre uma arquitetura high-tech e uma espécie de bricolage de diferentes componentes, ou mesmo utilizando contentores (como tem acontecido em Portugal a partir da reforma do mapa judiciário de 2014), entre uma transparência feita de vidro e edifícios altamente fortificados e protegidos, entre preocupações ergonómicas e de ecosustentabilidade e edifícios deteriorados e sem condições para profissionais e justiciáveis.

Como Gélinas et al. (2015) argumentam, onde os edifícios dos tribunais foram analisados, os autores muitas vezes consideraram, sobretudo, a necessidade de um processo ritualístico dentro de um determinado tipo de edifício (a maior parte das vezes edifícios

grandiosos), mostrando um certo preconceito a favor do simbolismo e de certos rituais. É importante notar que propostas mais radicais para edifícios de tribunais são muitas vezes recusadas pelo peso da tradição, que está ligada às relações percebidas dentro da profissão forense entre autoridade e legitimidade do direito (ROWDEN, 2015), num processo que podemos apelidar de ‘petrificação’ (GEPHART; LEKO, 2017) das relações sociais entre direito, justiça e espaço. Como se a autoridade e a legitimidade só pudessem ser percebidas recorrendo a um certo tipo de ritual e a um certo tipo de arquitetura/edifício/forma física do tribunal.

E aqui podemos voltar a falar da Justiça Itinerante Brasileira e do uso de ônibus, vans ou de barcos adaptados para funcionar como fóruns. Continuamos a ter o tribunal em termos físicos, mas a forma física difere daquela que povoa o imaginário de uma europeia, como no meu caso, e que está patente, inclusivamente, em documentos de soft law, como nas aludidas diretrizes da The European Commission for the Efficiency of Justice - CEPEJ (2014). Curiosamente, como relata Gáulia (2016, p. 100), alguns dos ônibus usados (como no caso descrito pela autora, relativo ao programa de justiça itinerante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro) foram estruturados para funcionar como “um microuniverso judiciário, com salas de audiência e de atendimento, equipamento de ar condicionado e de informática, funcionando on line da mesma forma como qualquer serventia/Juízo no Estado, telefonia celular e mobiliário adaptado”. Por sua vez, o exterior das viaturas foi “customizado com a logomarca “Justiça Itinerante””. Ou seja, mesmo que a forma do tribunal não seja a de um edifício, por um lado, ou a de um edifício com uma particular arquitetura, por outro, há, ainda assim, a necessidade de adequar o espaço do ônibus a um determinado modelo, que se pretende seja reconhecível e se associe ao espaço de “qualquer serventia/Juízo no Estado”, de modo a garantir aquela relação de autoridade e de legitimidade.

Mas falar de edifícios ou de ônibus significa que falamos de tribunais com uma forma física. Como referi em secção anterior, hoje a desmaterialização da justiça e o uso das TIC assume cada vez mais uma maior importância, e remete-nos para o tribunal virtual. Certamente que os tribunais se transformaram (positivamente) com o uso crescente das TIC nas últimas duas décadas, especialmente através do uso da videoconferência, do e-mail e da digitalização de processos. As TIC são consideradas promissoras para

melhorar tanto a eficiência como a acessibilidade da justiça, mas suscitam também uma miríade de questões, jurídicas e práticas, sobre a sua eficácia (REINKENSMEYER, 2010). Será que podemos digitalizar todas as operações de justiça e ter profissionais, partes e outros participantes do processo ligados remotamente? Ou ter o tribunal transformado em bites? E como é que esse tribunal virtual afetaria os usuários da justiça¹³? Como Rowden (2015) questiona apropriadamente: “será que o ato de construir e de manter tribunais tem uma função para a comunidade?”. Em outras palavras, o que é um tribunal, afinal?

4.4 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Se é certo que o uso de binômios ou a criação de categorias tem efeitos ao nível da análise que se produz, por outro lado estes binômios servem de fio condutor que permite expor as ideias de forma mais fluida e coerente. Foi o que procurei fazer nas secções anteriores, jogando com os efeitos que próximo/distante, centro/periferia, rural/urbano, fixo/itinerante e físico/virtual produzem ou podem produzir no tocante às geografias e aos espaços onde a justiça acontece.

Pegando a questão que ficou da secção anterior, hoje parece que fica mais difícil tentar uma definição do que é um tribunal, sem cair em conceitos clássicos, que talvez já não consigam dar(-me) uma resposta cabal. É através dos tribunais que se administra a justiça em nome do povo, mas este povo está tantas vezes apartado desta mesma justiça, seja porque esta é cara, é difícil de entender, e está longe. Longe, porque a geografia do país é complexa (até por questões do clima, que têm também a sua importância), longe porque se atravessam crises financeiras que impõem pacotes de reformas que vão no sentido de fechar os tribunais, deixando-os mais distantes, longe porque não há transporte ou dinheiro para o pagar.

Mas neste processo de mudança de geografias judiciais e encerramento os tribunais também temos de pensar nos seus edifícios, não apenas aqueles que são transformados em mega-jurisdições, mas também aqueles que fecham. Vejamos o exemplo Português: uma das mais fortes críticas à implementação da geografia judicial, em 2014, foi, por

¹³ A propósito, pense-se nos efeitos recentes do «wanna cry ransomware», em que as páginas do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Ministério Público de São Paulo e de outros órgãos oficiais foram retiradas do ar. Cf. SISTEMAS do Tribunal de Justiça e Ministério Público de SP saem do ar. 12 maio 2017. Disponível em: <https://olhardigital.uol.com.br/fique_seguro/noticia/sites-e-sistemas-do-tribunal-de-justica-e-ministerio-publico-de-sp-saem-do-ar/68249>. Acesso em: 14 maio 2017. Ou no crash do website CITIUS, em Portugal, aquando da implementação da reforma da organização judicial, em setembro de 2014.

um lado, a falta ou inadequação dos edifícios; por outro lado, foram fechados, e abandonados, tribunais cujos edifícios tinham sido construídos, instalados ou renovados recentemente, desperdiçando, assim, os milhões aí investidos; finalmente, em algumas cidades, magistrados, oficiais de justiça e processos foram transferidos para contentores, perto do tribunal, como numa espécie de favela judicial, assim transformando a paisagem urbana.

Para além disso, parece emergir aqui uma espécie de paradoxo: os edifícios dos tribunais hoje vivem entre o banal, o homogéneo, o icónico e o funcional. Como La Cecla (2008), podemos dizer que se sente a incapacidade da arquitectura contemporânea, incluindo a da justiça, de produzir símbolos compartilhados. E esta incapacidade é sentida até mesmo na forma como eles se relacionam com a cidade: deixamos de ter edifícios abertos ao público, para ter edifícios distantes e securitizados; passamos a ter edifícios icónicos, mas que são semelhantes entre si num contexto de globalização cultural e de padronização das cidades (KNOX; PAIN, 2010).

Mas as jurisdições e os tribunais são espaços vivos e dinâmicos que contribuem para criar a identidade social, jurídica, e cultural, bem como a memória e a história, das comunidades no território onde estão inseridos. Ou onde procuram inserir-se, como nos projetos de Justiça Itinerante. Deixando de parte as limitações destes programas, em especial as suas incapacidades de fornecer respostas institucionais adequadas às demandas feitas (FERRAZ, 2017), é necessário ver neles o efeito de função social do tribunal, para além das funções instrumentais, políticas e simbólicas (SANTOS et al., 1996), através da promoção de um diálogo mais estreito com as comunidades em que atuam, funcionando como um dos eixos principais de vitalidade no território servido, promovendo novas relações sociais, respostas às necessidades de justiça social e, assim, de acesso à justiça e à cidadania. É isso que deve ser um tribunal, no século XXI.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES - ASJP. Organização, funcionalidade e segurança nos tribunais judiciais portugueses de primeira instância: relatório preliminar de síntese. Lisboa, 2007.

AVOCATS PUBLISHING. La justice dans la cite, non au transfert du Palais de Justice, 2 nov. 2005. Disponível em: <<http://avocats-publishing.com/+LA-JUSTICE-DANS-LA-CITE-non-au+>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Liliana. Cartografia da justiça no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

BELS, Marie; BRANCO, Patrícia. Law and architecture: courthouse architecture, searching for a new balance between representation and functionality. In: GEPHART, Werner; LEKO, Jure (Ed.). Law and the arts. elective affinities and relationships of tension. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2017. p. 177206.

BIFULCO, Daniela. Prefazione. In: GARAPON, Antoine;. Del giudicare: saggio sul rituale giudiziario. Edizione italiana a cura di Daniela Bifulco. Milão: Raffaello Cortina, 2007. p. xiii-xli.

BRANCO, Patrícia. Os tribunais como espaços de reconhecimento, de funcionalidade e de acesso à justiça. Porto: Vida Económica, 2015.

BRIGHAM, John. Seeing jurisdiction: some jurisprudential issues arising from law being ‘... all over’. Law and Policy, Denver, v. 31, n. 1, p. 381-404, 2009.

BYBEE, Keith J. Judging in place: architecture, design, and the operation of courts. Law & Social Inquiry, Danvers, v. 37, n. 4, p. 1014-1028, 2012.

CARBONI, Nadia. From quality to access to justice: improving the functioning of European judicial systems. Journal of Civil & Legal Sciences, Westlake, Los Angeles, v. 3, n. 4, p. 131-139, 2014.

CARNEVALI, Davide. La nuova geografia giudiziaria. In: CAVALLINI, Daniela (Ed.). Argomenti di ordinamento giudiziario. Bolonha: Bononia University Press, 2014. p. 133-155.

CHAPPE, Nathalie; OBIDZINSKI, Marie. The impact of the number of courts on the demand for trials. Besançon: CRESE; Université de Franche-Comté, 2013. Working paper 2013-1. Disponível em: <<http://crese.univ-fcomte.fr/WP-2013-01.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

CLIFFORD, Michael. Michael Clifford: closures of rural courthouses are unjust. *Irish Examiner*, Cork, 05 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.irishexaminer.com/viewpoints/columnists/michael-clifford/closures-of-rural-courthouses-are-unjust-274370.html>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

COMMAILLE, Jacques. O espaço da justiça como questão política entre necessidades e desafios: uma abordagem de sociologia política do direito. In: BRANCO, Patrícia. (Org.). *Sociologia do(s) espaço(s) da justiça: dialogos interdisciplinares*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 21-36.

_____. *Territoires de justice: une sociologie politique de la carte judiciaire*. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.

COMMAILLE, Jacques; KALUSZYNSKI, Martine. *La fonction politique de la justice*. Paris: Éditions La Découverte, 2007.

DORSETT, Shaunnagh; MCVEIGH, Shaun. *Jurisdiction*. Abingdon: Routledge, 2012.

DUMOULIN, Laurence; LICOPPE, Christian. Présentation. *Technologies, droit et justice: quelques éléments de mise en perspective*. *Droit & Cultures*, Nanterre, v. 61, n. 1, p. 1336, 2011.

ECONOMIDES, Kim. Centre-periphery tensions in legal theory and practice: can law and lawyers resist urban imperialism? *International Journal of Rural Law and Policy*, New England, NSW, Special Edition, p. 1-8, 2012.

ESPINOSA, Romain; DESRIEUX, Claudine; WAN, Hengruin. Fewer courts, less justice?: evidence from the 2008 French reform of labor courts. Paris: Université Pathéon-Assas, 2015. Disponível em: <<http://eale.org/content/uploads/2015/04/epinosadesrieux2015.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

FERRARIS, Valeria. L'accesso alla giustizia. In: ANASTASIA, Stefano; CALDERONE, Valentina; FANOLI, Lorenzo. (Ed.). *L'articolo 3: primo rapporto sullo stato dei diritti in Italia*. Roma: Ediesse, 2014.

FERRAZ, Leslie Shériida. Brazilian itinerant justice: an effective model to promote access to justice to disadvantaged people? In: _____. (Ed.). *Repensando o acesso à justiça: institutos inovadores*. Aracaju: Evocatti, 2016. p. 65-92. v. 2.

_____. Democratização do acesso à justiça: a justiça itinerante fluvial do Amapá, no Rio Amazonas. In: ENCONTRO DA ANDHEP, 7., 2012, Curitiba. Anais... Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/VIIencontro/gt04-03.pdf>>. Acesso em: abr. 2017.

_____. Desafios e limitações à pesquisa empírica em direito no Brasil: explorando o estudo sobre justiça itinerante. Revista de Estudos Empíricos em Direito, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 37-56, 2017.

FORD, Richard T. Law's territory (a history of jurisdiction). Michigan Law Review, Ann Arbor, MI, v. 97, n. 4, p. 843-930, 1999.

FRANCE. Ministère de la Justice et des Libertés. Le futur Palais de Justice de Paris. Paris, [2010]. Disponível em: <http://www.ca-paris.justice.fr/art_pix/APIJ_PJP_Depliant_110x205_lecture.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

GARAPON, Antoine. Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GÁULIA, Cristina Tereza. Justiça Itinerante: um novo paradigma de prestação jurisdicional: uma política pública do poder judiciário. In: FERRAZ, Leslie Shériida. (Ed.). Repensando o acesso à justiça: institutos inovadores. Aracaju: Evocatti, 2016. p. 93-111. v. 2.

GÉLINAS, Fabien et al. Architecture, rituals, and norms in civil procedure. Windsor Yearbook of Access to Justice, Windsor, Ontario, v. 32, p. 213-232, 2015.

GEPHART, Werner; LEKO, Jure. Introduction: law and the arts: elective affinities and relationships of tension. In: _____. (Ed.). Law and the arts: elective affinities and relationships of tension. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2017. p. 722.

GOMES, Conceição. Democracia, tribunais e a reforma do mapa judiciário: contributos para o debate. Julgar, Lisboa, n. 20, p. 81-93, 2013.

GOODRICH, Peter. Visive powers: colours, trees and genres of jurisdiction. Law and Humanities, Londres, v. 2, n. 2, p. 213-231, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. Democratização do acesso à Justiça e efetivação de direitos: a justiça itinerante no Brasil. Brasília, 2015.

JACOB, Robert; MARCHAL-JACOB, Nadine. Jalons pour une histoire de l'architecture judiciaire. In : ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE (Org.). La Justice en ses temples. Paris: Editions Errance, 1992. p. 23-68.

KNOX, Paul L.; PAIN, Kathy. Globalization, neoliberalism and international homogeneity in architecture and urban development. *Informationen zur Raumentwicklung*, Bonn, n. 5-6, p. 417-428, 2010.

LA CECLA, Franco. *Contro l'architettura*. Turim: Bollati Boringhieri, 2008.

LANGDON, Philip. Public buildings keep town centers alive. *Planning Commissioners Journal*, Burlington, v. 49, p. 1-7, 2003.

LAURIS, Elida. Entre o social e o político: a luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 87, p. 121-142, 2009.

LICCARDO, Pasquale. I territori e la legge. In: CASTELLI, Claudio et al. (Ed.). *Giustizia, territorio e governo dell'innovazione*. Roma: Carocci, 2014. p. 15-24.

LUCIEN, Arnaud. Staging and the imaginary institution of the judge. *International Journal for the Semiotics of Law*, Cham, v. 23, n. 2, p. 185-206, 2010.

MCNAMARA, Martha. *From tavern to courthouse: architecture and ritual in american law, 1658-1860*. Baltimore, London: The John Hopkins University Press, 2004.

MOHR, Richard. In between power and procedure: where de court meets the public sphere. *Journal of Social Change and Critical Inquiry –OSCCI*, Wollongong, n. 1, 1999. Disponível em: < <http://pandora.nla.gov.au/nph-wb/20000123130000/http://www.uow.edu.au/arts/joscci/index.html> >. Acesso em: 28 jan. 2016.

MULCAHY, Linda. *Projetando para a democracia?: o que é que a mudança de palácios da justiça de majestosos para mundanos nos diz das atitudes para com a justiça na Inglaterra contemporânea*. In: BRANCO, Patrícia (Org.). *Sociologia do(s) espaço(s) da justiça: diálogos interdisciplinares*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 37-63.

NUNES, António Manuel. *Justiça e arte: tribunais portugueses*. Lisboa: Secretaria-Geral do Ministério da Justiça, 2003.

PAQUETE DE OLIVEIRA, José Manuel. A Casa da Suplicação: os lugares e ‘não-lugares’ da justiça. In: NEVES, Luis Maria Vaz das; MONTEIRO, Dina Maria (Coord.). Uma casa da justiça com rosto. Lisboa: Tribunal da Relação de Lisboa, 2010. p. 191-199.

PIANO, Renzo. NUOVO Palazzo di Giustizia: RPBW/ Renzo Piano: building workshop Parigi (Francia). Disponível em: <<http://www.karmarchitettura.it/2012/03/nuovo-palazzo-di-giustizia-rpbw-renzo.html>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Flesh of the law: material legal metaphors. *Journal of Law and Society*, Cardiff, v. 43, n.1, p. 45-65, 2016.

PORTAS, Nuno. Para uma nova política urbana. In: GRANDE, Nuno (Org.). O ser urbano: nos caminhos de Nuno Portas. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2012. p. 398-399.

REBOUÇAS, Gabriela Maia et al. Cartografia das experiências de justiça itinerante no nordeste do brasil. In: FERRAZ, Leslie Shérída (Ed.). Repensando o acesso à justiça: institutos inovadores. Aracaju: Evocatti, 2016. p. 112-129.

REINKENSMEYER, Marcus W. The virtual courthouse: a clear trend ... except for the human factor. In: NATIONAL ASSOCIATION FOR COURT MANAGEMENT ANNUAL CONFERENCE, 2014, Scottsdale. Proceedings of... Williamsburg: NACM, 2014. Disponível em: <<http://nacmconference.org/wp-content/uploads/2014/01/The-Virtual-Courthouse-A-Clear-Trend-Except-for-the-Human-Factor.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

ROWDEN, Emma. Distributed courts and legitimacy: what do we lose when we lose the courthouse? *Law, Culture and the Humanities*, Amherst, MA, Article first published online, p. 1-19, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Uma cartografia simbólica das representações sociais: o caso do Direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 24, p. 139-172, 1988.

SISTEMAS do Tribunal de Justiça e Ministério Público de SP saem do ar. 12 maio 2017. Disponível em: <https://olhardigital.uol.com.br/fique_seguro/noticia/sites-e-sis>

temas-do-tribunal-de-justica-e-ministerio-publico-de-sp-saem-do-ar/68249> Acesso em: 14 maio 2017.

SPALDING, Norman W. The enclosure of justice: courthouse architecture, due process, and the dead metaphor of trial. *Yale Journal of Law & the Humanities*, Yale, v. 24, n. 1, p. 101133, 2012.

TÁVORA, Fernando. *Da organização do espaço*. Porto: Edições do Curso de Arquitectura da E.S.B.A.P., 1982.

THE EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE - CEPEJ. Guidelines on the creation of Judicial Maps to support access to justice within a quality judicial system. 2013. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/quality/2013_7_cepej_Judicial_maps_guidelines_en.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. Guidelines on the organization and accessibility of court premises. 2014. Disponível em: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2014\)15&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD-C864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2014)15&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD-C864&BackColorLogged=FDC864)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

TRIONE, Vincenzo. *Effetto città: arte/cinema/modernità*. Milano: Bompiani, 2014.

VERZELLONI, Luca. Il confronto con l'Europa: giustizia e territorio. In: CASTELLI, Claudio et al. (Ed.). *Giustizia, territorio e governo dell'innovazione*. Roma: Carocci, 2014. p. 2531.

VICARI HADDOCK, Serena. Business as usual: the Naples Business District (Centro Direzionale di Napoli). In: MOULAERT, Frank; RODRÍGUEZ, Arantxa; SWYNDEDOUW, Erik (Ed.). *The globalized city: economic restructuring and social polarization in European cities*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 229-246.

Capítulo 5

DIREITOS HUMANOS E PESSOA IDOSA DE BAIXA RENDA: PARCERIAS INTERDISCIPLINARES NO AVANÇO DA MORADIA ADEQUADA

Luzia Cristina Antoniossi Monteiro¹

Vania Aparecida GurianVaroto²

Sara Corrêa Fattori³

Nayara Mendes Silva⁴

5.1 INTRODUÇÃO

Este capítulo constitui um recorte de pesquisa desenvolvida entre os anos de 2014 e 2016 pelo grupo de pesquisa (CNPq/UFSCar) “Direito, Cidade e Envelhecimento”, destacando-se parcerias firmadas para a realização dos direitos fundamentais da pessoa idosa vulnerável economicamente.

Com o envelhecimento populacional, surgem desafios e demandas que abarcam o espaço urbano. Estudos apontam que 80% dos idosos brasileiros vivem nas cidades, neste contexto, a questão da moradia para a pessoa idosa de baixa renda é uma problemática que começa a despontar nas cidades brasileiras.

Segundo a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas (OEA, 2015), o idoso tem direito à moradia digna e adequada, e a viver em ambientes seguros, saudáveis, acessíveis e adaptáveis a suas preferências e necessidades.

Temática ainda nova, mas que trará implicações para a gestão pública, uma vez que essas pessoas irão viver por mais tempo e muitas delas irão morar sozinhas, com poucos recursos financeiros, e necessitando da implementação de políticas habitacionais como suporte para atender a heterogeneidade do público idoso.

¹ Advogada, especialista em Direito Empresarial, Mestre e Doutora em Engenharia Urbana pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia Urbana - UFSCar. Docente do Departamento de Gerontologia e da Pós-Graduação em Gerontologia- UFSCar.

² Terapeuta Ocupacional, especialista em saúde coletiva e Doutora em Engenharia de Produção pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção-UFSCar (doutorado direto). Docente do Departamento de Gerontologia-DGero. Docente do Programa de Pós-Graduação em Gerontologia-PPGGero, ambos da UFSCar.

³ Mestre e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP, Especialista pela Università Degli Studi di Roma “La Sapienza”, Procuradora do Estado de São Paulo (aposentada).

⁴ Bacharel em Gerontologia, mestranda do Programa de Pós-Graduação em Gerontologia- PPGGero, UFSCar.

Nesse sentido, destaca-se a importância da acessibilidade nos espaços de moradia, como forma de promoção das relações socioespaciais que possibilitem a participação e a integração, além da preservação da autonomia e da independência pessoal.

Desse modo, as políticas públicas habitacionais para idosos necessitam transpor a casa no sentido físico, e abarcar as condições e adequações da pessoa ao território, conferindo assim o sentido de pertencimento, para fortalecer laços sociais e sua própria identidade. E é neste contexto que as condições de acessibilidade na moradia, irão refletir na qualidade de vida e na funcionalidade da pessoa idosa.

Diante dessa realidade, estudos interdisciplinares e equipes multiprofissionais são preponderantes para minimizar problemas e alçar rumo ao alcance dos direitos sociais garantidos na Constituição Federal de 1988.

Nesse cenário, essa pesquisa foi realizada em um condomínio exclusivo para idosos de baixa renda, denominado “Recanto Feliz”, localizado no município de Araraquara-SP. Local onde foram analisadas as condições da acessibilidade intramuros, a partir de diagnósticos técnicos, de observação participante e de entrevistas realizadas com os moradores e com gestores, seguindo todos os procedimentos éticos, de acordo com o parecer aprovado pelo CEP/UFSCar (nº 297.79311/13).

A pesquisa contou com auxílio regular da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, apoio fundamental para o desenvolvimento do estudo, que possibilitou intervenções no condomínio, realizadas por meio de parcerias, e que serviram para melhorar a segurança e a acessibilidade do local, além de possibilitar o fortalecimento das relações sociais entre os moradores.

5.2 ENVELHECIMENTO POPULACIONAL E DIREITOS HUMANOS

No Brasil, de acordo com o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) a pessoa idosa é aquela com 60 anos ou mais de idade. Nos países em desenvolvimento considera-se da mesma forma, já nos países desenvolvidos são as pessoas acima de 65 anos de idade, conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2015). Para a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas (OEA, 2015), con-

sidera-se idoso a “pessoa com 60 anos ou mais, exceto se a lei interna determinar uma idade base menor ou maior, desde que esta não seja superior a 65 anos”.

De acordo com projeções das Nações Unidas (Fundo de Populações) (BRASIL, 2013, p.1) “uma em cada 9 pessoas no mundo tem 60 anos ou mais, e estima-se um crescimento para 1 em cada 5 por volta de 2050”, ou seja, haverá mais idosos que crianças (menores de 15 anos) na população, alcançando 2 bilhões de pessoas ou 22% da população global na metade do século.

No Brasil, conforme o banco de dados do World Population Prospects da Divisão de População da Organização das Nações Unidas - ONU (2015), a população total brasileira é de 207.847 milhões de pessoas, sendo deste total, 26.3 milhões (7,9%) de brasileiros tem 65 anos ou mais.

Um dos grandes desafios a serem enfrentados diante do fenômeno do envelhecimento populacional refere-se à questão dos rendimentos financeiros. Pesquisas mostram que no ano de 2009, aproximadamente, 80% dos idosos sobreviviam com benefícios da previdência social. Em relação à faixa etária acima dos 80 anos, a seguridade social aproxima-se da universalidade, atendendo mais de 90% das pessoas. E nesse cenário, pesquisas apontam que cada vez mais o número de idosos residindo sozinhos irá aumentar. No ano de 2011, segundo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (BRASIL, 2013), 12,4% das pessoas moravam sozinhas no país.

Diante das transformações do cenário demográfico, novas e complexas demandas emergem, trazendo consigo contextos de vulnerabilidade social e financeira e atingindo a dignidade da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) constitui documento internacional que, por enumerar direitos e liberdades fundamentais busca evitar situações que coloquem em risco grupos vulneráveis, dentre eles, as pessoas idosas.

Arelado a essa Declaração e visando a dignidade da pessoa humana surgem documentos especificamente relacionados à pessoa idosa, como o Plano Internacional sobre o Envelhecimento, criado na II Assembleia sobre Envelhecimento da Organização das Nações Unidas, em Madri, no ano de 2002. Esse Planopauta-se em três direções prioritárias: idoso e desenvolvimento; promoção da saúde e bem-estar na velhice e criação de um ambiente de vida propício e favorável. Salienta-se que a criação de ambientes favo-

ráveis ao idoso estimula e possibilita alcançar o direito à cidade por todos os cidadãos, independentemente da condição física ou da faixa etária.

Um ambiente favorável ao idoso deve começar pela sua moradia. Segundo a Organização das Nações Unidas – ONU (2000), no Comentário Geral 4 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas e na Comissão sobre Assentamentos Humanos, a moradia adequada caracteriza-se por atributos objetivos e subjetivos que contribuem para a qualificação da casa.

Nesta perspectiva a moradia é vista “como componente do direito a um padrão de vida adequado”. A Organização das Nações Unidas - ONU afirma a prioridade de acesso à moradia aos grupos sociais discriminados, como idosos, crianças, deficientes físicos, doentes terminais, pessoas com HIV, doenças crônicas e mentais. Enfatiza ainda, a garantia às vítimas de desastres naturais e moradores de áreas propensas a desastres, pois “a discriminação e a segregação da habitação promove a pobreza e marginalização econômica” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, 2000, apud Brasil, 2013 p. 10).

Na mesma direção, o Relatório Mundial de Envelhecimento e Saúde da Organização Mundial da Saúde – OMS (2015) enfatiza que as condições do ambiente são determinantes para o aumento, ou o declínio funcional da pessoa idosa. E, a Estratégia Cidade Amiga do Idoso da OMS (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS, 2007) aponta caminhos que empoderam a pessoa idosa a conquistar o direito à cidade, enfatizando a questão da moradia como um dos oito eixos preconizados pelo Guia Cidade Amiga do Idoso.

Diante disso, destaca-se a relevância das pesquisas sobre o direito à moradia adequada para pessoa idosa de baixa renda no sentido de multiplicar o conhecimento sobre os direitos sociais estampados na Constituição Federal e contribuir para implementar a habitabilidade, revelando um lugar com conforto, segurança e bem-estar, essenciais à inclusão social e à dignidade da pessoa humana.

5.3 DESCRIÇÃO DO LOCAL DE ESTUDO

O condomínio exclusivo para pessoa idosa “Recanto Feliz” fica na cidade de Araquara, localizado a 270 km da capital paulista. A população estimada da cidade é de

224.304 habitantes (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, 2014). Possui índice de envelhecimento de 52.6%, (para cada 100 pessoas menores de 15 anos, existe uma pessoa com 65 e mais), totalizando 20.240 mil (9,7% do total) de pessoas idosas.

O Recanto Feliz é um condomínio horizontal com 33 casas, construídas ao redor de 1 centro de convivência, estabelecido ao lado de via férrea, operada pela Ferrovia Paulista (FEPASA) e cercado por alambrados, formando uma comunidade intramuros. Esse lugar de moradia não contempla os padrões preconizados pelo desenho universal, sendo apenas 2 unidades adaptadas para pessoas com algum tipo de necessidade.

O condomínio foi implementado por meio de política pública municipal, no ano de 2010, para pessoas idosas que atendam aos seguintes critérios: renda de zero a um salário mínimo, independência para realizar atividades cotidianas e de autocuidado, vínculos familiares enfraquecidos, residir sozinho ou com conjuge.



Fonte: Monteiro (2014).

Figura 1 O Recanto Feliz. Condomínio exclusivo para Idosos Recanto Feliz – Araraquara/SP: Vista Frontal: em destaque o Centro de Convivência e as casas (fundos e lateral direita).

Como parte da pesquisa teceu-se a caracterização sociodemográfica dos moradores no ano de 2016. Nesse ano haviam 34 moradores, desses foram entrevistados 25. A respeito do perfil sociodemográfico dos idosos, revela-se que encontravam-se na faixa etária dos 64 aos 89 anos de idade, sendo que a média de idade foi de 74,64 anos (DP: 6,601), e em sua maioria eram mulheres (72%). Dos participantes, 32% (n:08) são solteiros, 24% (n:06) são viúvos, 24% (n:06) são divorciados, e 20% (n: 05) são casados. O nível de escolaridade identificado foi de 3,76 anos de estudo em média (DP: 3,32), mostrando baixo nível de escolaridade.

Assim como o nível de escolaridade, a renda dessas pessoas é baixa, e se concentra na faixa de 1 salário mínimo, pois 80% deles (n:20) recebe esse valor, seguidos por 12% (n: 03) que recebem mais de 1 salário mínimo e 8% (n: 02) que relataram receber menos de 1 salário mínimo. Vale ressaltar que para ingresso enquanto morador neste condomínio deve ter renda mensal até um salário mínimo.

De acordo com as entrevistas, as profissões dos 25 participantes eram relacionadas ao desempenho de funções menos especializadas ou que exigem menor grau de formação. Assim, 36% (n: 09) das mulheres desempenhavam função de doméstica, enquanto os outros se dividiam entre carpinteiro, soldador, eletricista, comerciante, trabalhador rural, industriário, metalúrgico, pedreiro, cozinheira, caminhoneiro, e outros trabalhadores braçais e de serviços gerais. Apenas uma entrevistada, que possuía ensino superior completo desempenhava as funções de pedagoga.

Dentre os entrevistados, 28% (n: 07) são naturais de Araraquara, enquanto outros 56% (n: 14) nasceram em outras cidades do Estado de São Paulo e 12% (n: 03) são naturais de cidades da região Nordeste do país. A maioria desses idosos (72%) reside sozinha atualmente, sendo que outros 28% residem com cônjuges ou filhos.

Levando-se em conta que o condomínio foi inaugurado no ano de 2010, o tempo médio de residência dos entrevistados foi de 36,52 meses, porém houve uma grande variabilidade nesse tempo entre os moradores, confirmado pelos indicadores estatísticos (DP: 22,796). O maior tempo de residência entre os entrevistados foi de 05 anos, que é o tempo de moradia de 08 indivíduos (32%), seguido por seis indivíduos que moram há 04 anos (24%), enquanto cinco pessoas residiam há menos de 01 ano (20%).

A grande diversidade no perfil sócio demográfico dos moradores mostra a vulnerabilidade social dessas pessoas que dependem de programas e políticas públicas para alcançar os direitos sociais, evidenciando esse grupo no campo dos direitos humanos. Segundo Camarano e Pasinato(2005, p.2):

Parte-se da hipótese de que esse grupo experimentou trajetórias de vida diferenciadas que vão afetar as suas condições de vida na última etapa. Essas trajetórias são fortemente marcadas pelas desigualdades sociais, regionais e raciais em curso no país. As políticas sociais podem reforçar essas desigualdades ou atenuá-las, bem como os mitos, os estereótipos e os preconceitos em relação à população idosa.

Nesse sentido, tratando-se de um segmento etário bastante heterogêneo, repensar estratégias de suporte à essa população, bem como estabelecer parcerias para a efetivação de direitos estampados em lei é medida que se impõe, no sentido de avançar no alcance da moradia adequada.

5.4 *PARCERIAS INTERDISCIPLINARES FIRMADAS COM INSTITUIÇÕES PÚBLICAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS*

Cumprir destacar por oportuno, que a pesquisa gerou parcerias que fortaleceram tanto a equipe de trabalho, quanto os próprios gestores e moradores do Recanto Feliz. As intervenções realizadas, que contribuíram para aumentar a segurança e a acessibilidade no condomínio dos idosos, foram possibilitadas por meio da atuação das parcerias firmadas. As ações resultaram impactos positivos a qualidade de vida dos moradores funcionando como ferramenta nas garantias dos direitos fundamentais dos idosos. Destacam-se as seguintes parcerias:

- Município de Araraquara por meio da Secretaria de Desenvolvimento e Assistência Social: o município de Araraquara-SP mostra-se preocupado com o envelhecimento populacional, visto que o último censo demográfico apontou que 9,7% da população do município é constituída por idosos, e paralelamente ao aumento dessa população, também cresce a preocupação com as demandas relacionadas as moradias para idosos de baixa renda.

Araraquara conta, atualmente, com dois condomínios para idosos de baixa renda, o Recanto Feliz e a Vila Dignidade. O primeiro é fruto de uma política municipal, e o segundo nasceu por meio de uma política do estado de São Paulo, vinculada ao programa “Futuridade”. Esses condomínios podem representar um ganho qualitativo para pessoas

que, na maioria das vezes, moravam em condições precárias e insalubres nas antigas habitações, tal como a pesquisa realizada no Recanto Feliz demonstrou.

Nesse sentido, é pertinente apontar a satisfação dos idosos com relação ao local de moradia, pois as entrevistas mostram que 100% dos moradores aprovam essa tipologia de Política Habitacional localizada intramuros. Corroborando com tal informação, as falas de alguns idosos: “nunca vi lugar melhor”; “esse lugar é muito tranquilo e bom para morar”.

A Secretaria de Assistência e Social é responsável pela gestão do Recanto Feliz, possibilitou a permanência dos pesquisadores e dos alunos no local de estudo, além de propiciar encontros por meio de oficinas e reuniões entre os grupos. Essa parceria firmou-se desde o início da pesquisa, um trabalho em conjunto que possibilitou novos contatos, gerando parcerias sucessivas.

Entre os anos de 2014 e 2016 foram realizadas seis oficinas, denominadas “Oficinas Inovadoras do Recanto Feliz” cujos objetivos foram: informar os participantes acerca do trabalho desenvolvido no Recanto Feliz pelo grupo de pesquisa “Direito, Cidade e Envelhecimento”, e ampliar o número de parcerias para esse trabalho que estava em desenvolvimento, visando multiplicar ações de melhorias no local.

Por meio das Oficinas, nasceu a parceria com o Conselho Municipal do Idoso de Araraquara e também, com a Secretaria Municipal de Esportes, que inseriu atividades para os moradores com profissional de educação física, repercutindo na saúde dos idosos.

Os trabalhos realizados com as Oficinas geraram também uma preocupação em relação ao Recanto Feliz. Tipologia de moradia entendida como “Moradia Assistida”. Segundo Alvarez e Carvalho (2006), a finalidade da moradia assistida é justamente fornecer suporte aos moradores em suas atividades cotidianas para incentivá-los a tornarem-se cada vez mais independentes, na medida de suas possibilidades.

Acontece que a realização desse suporte fica prejudicada no local da pesquisa, pois os moradores são admitidos no Recanto Feliz desde que atendam alguns requisitos, dentre eles, ser uma pessoa autônoma e independente para realização do autocuidado. Mas tem-se notado que com o passar dos anos, os idosos podem apresentar algum comprometimento, físico ou cognitivo. Desse modo, os profissionais que atuam na gestão

do espaço precisam articular uma rede multiprofissional e interdisciplinar para atender às demandas da saúde dos moradores oferecendo efetivo suporte para que se caracterize verdadeiramente uma “moradia assistida”.

Ressalta-se que o Recanto Feliz é um equipamento ligado à Assistência Social, mas por óbvio, tratando-se da pessoa idosa, e sendo a velhice a última fase da vida, a interface com a área da saúde deve acontecer para minimizar problemas no cotidiano dos moradores. A necessidade de interface, e como deverá ocorrer não está clara para os gestores. Mas a legislação, no artigo 33 do Estatuto do Idoso é enfático ao afirmar que a saúde deve integrar a assistência ao idoso:

A assistência social aos idosos será prestada, de forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, na Política Nacional do Idoso, no Sistema Único de Saúde e demais normas pertinentes (Lei nº 10.741/2003).

Percebe-se que o entendimento dos gestores é no sentido de que os idosos, por serem, teoricamente, independentes e autônomos, devem buscar, por seus próprios meios os serviços de saúde existente no bairro onde o condomínio está inserido. Já o pensamento dos moradores é no sentido de que deveria existir no condomínio ao menos o básico, como serviço ambulatorial. A realidade do Recanto Feliz é que os moradores dirigem-se à unidade de saúde mais próxima localizada no bairro Vila Xavier, há um quilômetro de distância, dificultando a locomoção dos que tem alguma restrição na mobilidade, prejudicando sobremaneira os requisitos da moradia assistida.

Essa questão pôde ser percebida por meio da permanência da equipe no local, e certamente, o problema não foi equalizado, mas a partir dessa identificação, volta-se a atenção para a realização efetiva da moradia assistida.

- *Parceria com o Ministério Público:* o Ministério Público é uma instituição pública autônoma, pautada nos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, que possui, dentre outros órgãos de administração, as Promotorias de Justiça.

Sendo a moradia digna um direito, e o Ministério Público Instituição legitimada pelo Estatuto do Idoso para a efetivação dos direitos da pessoa idosa, atuando em sua defesa, de forma a incentivar, mostrar e alertar a família, comunidade e o poder público sobre a importância de prevenir o desrespeito aos direitos do idoso (FEIJÓ, 2010).

Nesse sentido, o Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio das Promotorias de Justiça da Criança, do Adolescente e do Idoso, e do Meio Ambiente e Urbanismo da Comarca de Araraquara juntaram-se ao grupo de pesquisa como parceiros para realizar benfeitorias no Recanto Feliz, melhorando a qualidade de vida dos moradores. As obras realizadas foram possibilitadas por meio dos Termos de Ajustamento de Conduta – TAC e encontram-se descritas no item 5.

- Curso de Graduação em Gerontologia, e linhas de pesquisa do Grupo de pesquisa “Direito, Cidade e Envelhecimento”: ainda como destaque da realização da pesquisa financiada pela FAPESP, cita-se o fortalecimento do curso de Graduação em Gerontologia, em especial do próprio Grupo de Pesquisa cuja pesquisa possibilitou fortalecer as três linhas de pesquisa: Direito do Idoso e Legislação Relacionada ao Envelhecimento; Planejamento Urbano, Acessibilidade e Mobilidade Urbana; Políticas Públicas Habitacionais e Políticas de Atenção ao Idoso.

Essas linhas de pesquisa estão no bojo de atuação e das intervenções realizadas no Recanto Feliz. Nelas, foi possível inserir diversos alunos de graduação e uma aluna de pós-graduação. Há trabalhos de Iniciação Científica, com bolsa FAPESP e CNPq, bem como Trabalhos de Conclusão de Curso e uma Dissertação de Mestrado. Os trabalhos de diversos alunos tornaram-se artigos, alguns foram publicados completos em anais de congresso, depois de serem apresentados oralmente, outros foram publicados como capítulo de livro, e um em revista científica.

Além dos trabalhos de pesquisa, esses alunos estiveram envolvidos durante a realização de todas as “Oficinas Inovadoras” no Recanto Feliz, nas fases de planejamento, organização e execução das atividades; participaram ativamente das visitas in loco, e em discussão sobre as intervenções que foram realizadas. Desse modo, os estudantes envolvidos além de aprenderem metodologia científica, desfrutaram vivências com os moradores, apreenderam seus conhecimentos e participaram ativamente da resolução dos conflitos. Assim, considera-se esse um desdobramento importante em razão da consolidação de um aprendizado pessoal para jovens estudantes e para os pesquisadores que conviveram com moradores e gestores do Recanto Feliz.

- Centre de Recherche Sur L'espace Sonore et L'environnement Urbain (Cresson), laboratório da Ecole Nationale Supérieure d'Architecture de Grenoble – França: essa pesquisa ainda possibilitou à responsável pelo projeto viajar a Grenoble, na França, conhecer e desfrutar um período científico no Cresson. O convite foi feito pelo Prof. Dr. Nicolas Tixier para a realização de um período de encontros científicos com os pesquisadores e alunos de doutorado.

O Cresson é pioneiro no estudo da ambiência urbana e nessa oportunidade, pôde-se divulgar o trabalho realizado no Recanto Feliz e as intervenções realizadas. A pesquisa foi publicada, resumidamente, no endereço eletrônico do Cresson: <http://lcv.hypotheses.org/11064>. Posteriormente, também foi divulgada pela própria UFSCar: <http://www2.ufscar.br/servicos/noticias.php?idNot=8597>.

Nesse período, foi possível apropriar-se dos conhecimentos científicos e da metodologia utilizados no Centro francês. Com acesso irrestrito à bibliografia e à documentação científica do Laboratório, foi possível o aprofundamento que auxiliou nos diagnósticos levantados pelo Grupo de Pesquisa, representando um avanço no estudo das moradias e ambientes para idosos no Brasil.

Isso fundamenta-se, pois, no fato de que as moradias necessitam contemplar atributos objetivos e subjetivos para que as pessoas idosas de baixa renda, que dependem da realização de políticas públicas habitacionais, possam alcançar o direito à moradia digna, como direito fundamental da pessoa humana. Deste modo, estudando a ambiência no Recanto Feliz pode-se contribuir para que o idoso passe a ter a sensação de pertencimento e firmar a sua identidade com o lugar (TUAN, 1983; THIBAUD et al., 2007; LEROUX, 2016).

Aspectos que os próprios moradores do Recanto Feliz apontam nas entrevistas, remetem ao conteúdo das dimensões da ambiência. Cita-se, como exemplo que 12% dos moradores afirmaram ser incômodo o barulho do trem, enquanto que alguns asseguram que esse som remete às sensações de agradabilidade, como as visitas na infância na casa da avó. Uma entrevistada afirmou: “para alguns o trem é um problema, para mim não é, porque eu conheço o maquinista que é filho de um velho amigo, quando ele passa aqui ele buzina para mim e eu fico muito contente, os outros se incomodam. Além disso me faz lembrar de antigamente”.

Desse modo, e tendo o Cresson como grupo referência, nos motiva a dar continuidade no estudo, agora com foco na ambiência nas moradias do Recanto Feliz. Ainda como desdobramento do período científico realizado em Grenoble, resultou a inclusão da responsável pela pesquisa como membro da RéseauInternationaldesAmbiances, coordenada pelo Cresson.

5.5 RESULTADOS E INTERVENÇÕES REALIZADAS PARA MELHORAR A ACESSIBILIDADE E A SEGURANÇA DOS MORADORES DO RECANTO FELIZ

Nessa fase da pesquisa foram realizados diagnósticos técnicos pela equipe de pesquisadores. Por meio das visitas foram verificados os espaços intramurose do Recanto Feliz, sendo diagnosticados problemas, como:

- Ausência de muro de arrimo onde o condomínio é confrontante com a ferrovia sob concessão da América Latina Logística – ALL. Havia desmoronamento de terra e erosão colocando em risco as estruturas das casas que ficam muito próximas à linha do trem.
- Falta de forração no teto das casas. Das 33 casas existentes, 13 não eram forradas, e essa ausência provocava transtornos ao morador, como, fuligem de cana, poeira, problemas térmicos, goteiras.
- Inadequação do espaço físico do Centro de Convivência para a realização de atividades. A ausência de forração no teto proporcionava desconforto durante os afazeres dos moradores naquele espaço, como, fuligem de cana, poeira, desconforto térmico, goteiras etc..

Os comprometimentos identificados no Recanto Feliz iam além da questão da acessibilidade, alcançavam a segurança, a vida privada, a inclusão socioespacial e a própria cidadania do idoso. A partir da identificação dos problemas, encaminharam-se representações ao Ministério Público, e por meio de Ofícios foram solicitadas providências, já que essa Instituição a responsável por tutelar os direitos da pessoa idosa, nos termos do Estatuto do Idosos (lei nº 10 741/03).

A partir disso, o Ministério Público tornou-se grande aliado da pesquisa em questão, e por meio de Termos de Ajustamentos de Condutas – TAC pôde auxiliar na concretização de direitos, utilizando essa ferramenta para realizar algumas benfeitorias, melhorando a acessibilidade, em espaços de moradia para idosos oferecendo-lhes maior segurança e bem-estar.

Como destacado por Mazzilli (2005) o ajustamento de conduta é uma medida de tomar do causador de danos a interesses difusos e coletivos o compromisso escrito de que estes adéquem sua conduta às exigências da lei sob pena de cominações. Este ajustamento não pode ser tomado por qualquer legitimado à ação civil pública ou coletiva, mas sim somente os órgãos públicos legitimados, dentre eles, o Ministério Público.

No caso do Recanto Feliz foram firmados, no total dois TACs: 4034/2013 e nº 1315/2014. No primeiro TAC, os problemas resolvidos foram a colocação de forro de PVC nas casas e no Centro de Convivência e a construção do muro de arrimo aos fundos do condomínio. As fotografias e suas legendas mostram o antes, a identificação dos problemas, e o depois, após as intervenções realizadas no Recanto Feliz:



Teto sem forro: desconforto térmico, sujeira, fuligem de cana de açúcar (MONTEIRO, 2014).

Figura 2 Telhado de uma das casas antes da pesquisa.



Teto forro PVC: por meio TAC, parceria Ministério Público (MONTEIRO, 2015).

Figura 3 Telhado após intervenção por meio da pesquisa.



Teto sem forro: desconforto térmico, sujeira, fuligem de cana de açúcar (MONTEIRO, 2014).

Figura 4 Teto do Centro de Convivência antes da pesquisa.



Teto com forro PVC: por meio TAC, parceria Ministério Público (MONTEIRO, 2015).

Figura 5 Teto após intervenção por meio da pesquisa.



Situação de vulnerabilidade e deslizamento do terreno (MONTEIRO, 2014).

Figura 6 Terreno e casas aos fundos do Recanto Feliz: Vizinho Ferrovia antes da pesquisa.



Construção do muro de arrimo e aterramento do terreno: construção por meio de TAC, parceria Ministério Público (MONTEIRO 2015).

Figura 7 Vizinho Ferrovia após intervenção por meio da pesquisa.

A intervenção que mais impactou positivamente a vida dos moradores foi a construção do muro de arrimo. Essa era uma grande reclamação dos moradores, pois tal como exposto na figura 6, aos fundos das casas, entre o quintal dos idosos e a linha férrea, o terreno estava desmoronando, apresentando riscos de quedas e embaraçando o direito de locomoção. A erosão estava prestes a atingir a base de algumas moradias, e após a obra, com o nivelamento do terreno, foi possível a eliminação de barreiras de acesso à essa porção do condomínio, aumentando a oferta de acessibilidade e a segurança.

Ocorre que, construído o muro de arrimo, viu-se a necessidade de continuidade da benfeitoria para isolar completamente a área, com a construção de um muro em altura significativa, que realmente eliminasse a sensação de vulnerabilidade física daquele espaço.

Nesta perspectiva, o grupo de pesquisadores, com a parceria do Ministério Público conseguiu a colocação de um alambrado em toda a extensão do terreno. Assim, o segundo TAC firmado (nº 1315/2014), foi o responsável pela colocação do alambrado. As fotografias abaixo apresentam o decorrer da obra da construção do muro de arrimo, observando-se desde a preparação do terreno até a visualização do muro. A figura abaixo permite melhor visualização do local com a obra finalizada, com o alambrado instalado sobre o muro de arrimo.



Fonte: Monteiro (2016).

Figura 8 A alambrado sobre o muro de arrimo. Condomínio exclusivo para Idosos Recanto Feliz – Araraquara/SP: Vista da lateral interna do condomínio: em destaque o quintal das moradias, divisa com a linha férrea vizinha.

5.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O envelhecimento populacional e o desenvolvimento urbano são processos distintos, heterogêneos e igualmente complexos. Nesse sentido, o direito social à moradia e o envelhecimento resultam em desafios ao poder público e à sociedade. No que tange à efetivação da moradia, deve-se contemplar a habitabilidade, entendida como atributos objetivos e subjetivos que contribuam para sua qualificação.

Para que a moradia seja concretizada realmente como componente integral da saúde da pessoa idosa, não basta implementar uma política pública, simplesmente, fornecendo a estrutura física da residência. Faz-se necessário articular condições que instiguem o morador idoso a vivenciar o espaço da maneira mais independente e ativa possível.

Para a Organização das Nações Unidas, a habitabilidade deve ser garantida a todos os seres humanos considerando-se sua subjetividade. Por isso ela não deve ser negligenciada levando-se em conta que o homem não é apenas um corpo físico, portanto não basta abrigar-se em uma construção de alvenaria. É preciso pensar um conjunto de condições e preferências que abarquem as especificidades de cada grupo, em determinada localidade, tendentes a alcançar o sentido de pertencimento ao lugar.

No ano de 2015, a recente Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas também apontou a direito a moradia adequada, ressaltando que o idoso deve viver em ambientes seguros, saudáveis, acessíveis e adaptáveis às suas preferências e necessidades.

Considerando-se o condomínio exclusivo para idoso analisado nessa pesquisa, verificou-se que a grande diversidade, na história de vida, na etnia, na escolaridade, na cultura, dentre outras, caracteriza pessoas vivendo na mesma comunidade com muita heterogeneidade, situação que dificulta ações tendentes a atender as preferências dos moradores. Além disso, foram identificados problemas com a acessibilidade e a segurança dos moradores, que, por meio de parcerias puderam ser minimizados possibilitando certo conforto e bem-estar aos idosos.

Entende-se que o direito à moradia adequada possibilita o acesso a todos os outros direitos inerentes à pessoa, garantia da dignidade humana. Por isso, esse trabalho foi um aprendizado precioso. Percebeu-se no Recanto Feliz que o ambiente físico e o social pode refletir uma experiência positiva ou negativa sobre o envelhecimento, sendo um facilitador ou uma barreira para desempenho das atividades de vida diária. Verificou-se que a gestão do espaço é essencial. Mas, sendo essa uma gestão pública esbarra na burocracia institucional, dificultando ações e intervenções necessárias à efetividade dessa política.

A própria compreensão da “moradia assistida” não atinge a sua finalidade no Recanto Feliz, que seria justamente fornecer um suporte aos moradores nas atividades cotidianas para incentivá-los a serem mais independentes, na medida de suas possibilidades. Na configuração da moradia assistida resta uma lacuna no que tange à perda ou comprometimento da independência, momento da vida em que o idoso necessita de amparo, seja da família, da sociedade ou do Estado. Independentemente do lugar que

habita, nesse momento da vida, a pessoa necessita de acompanhamento, o qual deveria efetivar-se a moradia assistida, aquela que acompanha o processo dinâmico do envelhecer humano, carregado de significados e heterogeneidade.

Destaca-se nesse trabalho a relevância das parcerias firmadas, em especial com o Ministério Público do Estado de São Paulo, despertando a atenção sobre a importância de políticas públicas habitacionais para idosos, e como esses espaços devem atender aos princípios do desenho universal, proporcionando segurança, bem estar e preservando a qualidade de vida.

Com essa pesquisa revelou-se a importância da atuação multiprofissional, envolvendo áreas interdisciplinares, fortalecendo equipes profissionais que se dedicam ao estudo do envelhecimento e do direito à cidade para todos os cidadãos. E desse modo, entende-se possível a multiplicação desse estudo em outras cidades, visando a produção do conhecimento nessa área e o crescimento pessoal, oferecendo oportunidades para jovens estudantes sobre a compreensão das relações sociais e espaciais, além de aprendizagens cotidianas no local de moradia exclusiva para idosos de baixa renda.

De forma mais ampliada, esse estudo reflete-se sobre o Departamento de Gerontologia da UFSCar, que conta com pesquisadores que visam o estudo do Direito à Cidade e da própria Dignidade da Pessoa Humana para pessoas idosas de baixa renda, buscando excelência em pesquisa em áreas interdisciplinares.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, A. P. E.; CARVALHO, M. C. Novas estratégias no campo da inclusão social: moradia assistida e trabalho assistido. *Psicologia América Latina*, Rio de Janeiro, n.8, nov.2006. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2006000400005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 jan. 2015.

BANCO MUNDIAL. Envelhecendo em um Brasil mais velho: implicações do envelhecimento populacional para o crescimento econômico, a redução da pobreza, as finanças públicas e a prestação de serviços. Washington: The World Bank, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 01 mar. 2012.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção Defesa dos Direitos Humanos. Dados sobre envelhecimento no Brasil. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/Dadossobreoenvelhecim-entoBrasil.pdf>> . Acesso em: 11 jul. 2017.

CAMARANO, A. A.; PASINATO, M. T. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: CAMARANO, A. A. (Org.). Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004.p. 1-604.

FEIJO, M.C. A aplicabilidade do Estatuto do Idoso junto ao Ministério Público de São Paulo. 2010. 122 f.Dissertação (Mestrado em Gerontologia). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

LEROUX, M. Le silence de lavulnérabilité em institutiongériatrique = The silence of vulnerability in geriatric institution.Ambiances, 2016.Disponível em: <<http://ambiances.revues.org/696>>. Acesso em: 18 set. 2016.

MAZZILLI, N.H. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades: atuação do Ministério Público. Revista Direito e Liberdade, Mossoró, v. 1, n. 1, p. 225-246, jul./dez. 2005.

MONTEIRO, L. C. A. Políticas públicas habitacionais para idosos: um estudo sobre os condomínios exclusivos.2012. 156 f.Tese (Doutorado em Engenharia Urbana) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS. Guia global das cidades amigas das pessoas idosas. 2008. Versão traduzida para o português. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789899556867_por.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. Relatório mundial de envelhecimento e saúde. Brasília, 2015.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Convenção interamericana sobre a proteção dos direitos humanos dos idosos. Washington, 2015. Disponível em: <<http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/08/conven%C3%A7%C3%A3o-interamericana-sobre-a-prote%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos-dos-idosos-OEA.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

THIBAUD, J.P. et al. Variations d’ambiances: processus et modalités d’émergence des ambiances urbaines. Grenoble: Cresson, 2007. Disponível em : <http://doc.cresson.grenoble.archi.fr/opac/doc_num.php?explnum_id=341> . Acesso em: 18 set. 2016.

TUAN, Yi-Fu. Espaço e lugar: a perspectiva da experiência. São Paulo: Difel, 1983.

Capítulo 6

REGULAÇÃO ECONÔMICA E O PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO.

Gustavo Assed Ferreira¹

6.1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro tem a função de regular a atividade econômica no Brasil, partindo dos ditames constitucionais previstos nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988 (doravante CF/88). Para tanto, a Administração Pública deve observar os princípios elencados no artigo 37 da CF/88, em especial os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência. Ademais, cabe a observância estrita do princípio da supremacia do interesse público na condução da atividade regulatória, sob pena de se recair nos vícios apontados pela teoria da captura.

Inicialmente, no item 1, este artigo busca apontar a transição entre o Estado liberal e o Estado social de Direito, bem como contextualizar a passagem da tendência de estatização da economia para o momento histórico no qual a desestatização conduziu à necessidade de uma maior intervenção indireta do Estado no domínio econômico.

Posteriormente, no item 2, tratar-se-á da regulação enquanto instrumento jurídico, apontando-se diversas definições encontradas na doutrina, bem como de seus principais tipos e objetos de estudo. O mesmo item se ocupará de apontar as principais transformações que atingiram a regulação econômica enquanto instituto jurídico nas últimas décadas.

Por fim, como conclusão, apresentar-se-ão os principais desafios a serem enfrentados pelo Estado brasileiro na condução da política regulatória nos próximos anos, com especial atenção para a adoção de uma política nacional de desenvolvimento perene e exequível, que determine uma linha condutora precisa para a regulação econômica no Brasil.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, é Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).

6.2 O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após a cristalização da Segunda Revolução Industrial e com o advento do capitalismo financeiro monopolista, as atribuições do Estado aumentaram gradativamente, tendo em vista o incremento da complexidade das relações econômicas e sociais.

As consequências trágicas da crise de 1929 e da Segunda Guerra Mundial provocaram a superação definitiva do Estado liberal, fruto da era das revoluções, das declarações de direitos e do constitucionalismo, bem como sua substituição pelo Estado de bem-estar social (Welfare State). O modelo liberal perdeu força e foi superado em razão de três fatores principais: (i) as imprecisões na sua concepção, tais como a falta de democratização política, que obstava a participação de boa parte da população na democracia representativa; (ii) a evidente inadequação do seu modelo de democracia econômica, que representou a opressão pelo modelo econômico das camadas populares; e (iii) a necessária adoção de um novo modelo constitucional, mais amplo do que o modelo garantista anterior, que serviria como marco normativo para o nascer de um novo modelo de Estado.

Quanto a este último tópico, a consolidação das camadas médias urbanas já no início do século passado conduziu a discussão sobre o papel do Estado. Mesmo antes da eclosão da Primeira Guerra e da crise de 1929, o crescimento das cidades, o desenvolvimento de novas tecnologias, tais como a luz elétrica e o telefone, bem como a importância e a força dos grupos financeiros e a reação do movimento operário, forneceram ao Estado a chave para a sua evolução.

Nas décadas de 1950 e 1960, os Estados, seguindo a cartilha keynesiana, intervieram direta e indiretamente no domínio econômico com o intuito de acelerar o processo de desenvolvimento que fora afetado por quase meio século de crises econômicas e conflitos armados. A intervenção direta, por meio da criação de parques estatais e da dinamização da prestação direta de serviços públicos, se fez sentir e representou um importante elemento no processo de crescimento econômico para os hoje denominados países emergentes e no processo de desenvolvimento dos Estados da Europa ocidental, dos EUA, do Canadá e do Japão.

Durante estas duas décadas, os marcos normativos constitucionais nos Estados ocidentais abarcaram um gradativo incremento na intervenção indireta do Estado no domínio econômico. Tanto o controle preventivo, quanto o denominado controle repressivo, em outras palavras, a regulação e o antitruste, respectivamente, foram incrementados no período, tanto nas cartas constitucionais quanto nas legislações infraconstitucionais. Ainda assim, as políticas públicas adotadas no período indicavam uma preferência pela adoção da intervenção direta no domínio econômico, por meio da formação e institucionalização de estatais.

Por seu turno, a década de 1970 representou o momento histórico de derrocada do modelo welfarista, o que, politicamente, resultou na eleição de governos comprometidos com a superação daquele modelo de Estado nos principais países do G7. Em 1979, Margaret Thatcher assumiu a chefia do governo britânico comprometida com a aplicação de uma cartilha econômica baseada nas lições de Hayek e da Escola de Chicago, liderada por Friedman. As consequências destas medidas no sistema jurídico dos Estados nacionais e nos modelos de intervenção no domínio econômico adotados pelos governos logo se fizeram sentir. A eleição de Reagan no ano seguinte e a de Helmut Kohl, em 1982, cristalizaram tal tendência (ANDERSON, 1995, p. 14).

Neste sentido, as razões da adoção de um processo de desestatização, podem ser elencadas, como assevera Aragão (2006), nos seguintes pontos, interdependentes entre si: (i) a valorização de emergentes setores técnico-especializados e a depreciação dos setores primários; (ii) a dita revolução da tecnologia da informação, que acabou com alguns monopólios naturais na área da comunicação; (iii) o incremento do comércio internacional e da internacionalização das empresas e dos capitais, beneficiados pela rápida evolução da informática; (iv) a própria formação da sociedade em rede, que cria uma verdadeira e atuante sociedade pluriclasses; (v) a erosão do conceito de soberania absoluta, substituído por um conceito de soberania que Lafer (2006) denomina de soberania operacional; e por esta última razão, (vi) a diminuição da importância da política estatal em sentido restrito (ARAGÃO, 2006, p. 5).

Analisando os itens descritos acima, a década de 1970 representou a cristalização de uma nova geografia da industrialização no mundo, com a expansão das multinacionais pelos Estados em desenvolvimento, o que ampliou a noção de interdependência, na ótica dos neoliberais e de neocolonialismo, na visão dos grupos avessos ao neoliberalismo.

Esta década marcou, também, o início da revolução da tecnologia da informação, que nas duas décadas seguintes alteraria de maneira estrutural o curso da história. Para o Estado, a internacionalização dos capitais e o incremento do comércio internacional, fruto dos processos acima descritos, trouxe uma nova era de incertezas, no campo político e jurídico, denotando o que foi descrito como a crise do Estado nação.

Assim sendo, em especial medida nas últimas duas décadas, devido aos diversos fatores já apontados, bem como ao esgotamento do padrão de financiamento do setor público, houve um abrandamento da intervenção estatal direta na ordem econômica em favor de um alargamento da intervenção estatal indireta, ou seja, a regulação econômica (AZEVEDO MARQUES NETO, 2000, p. 73).

Tal processo histórico foi confundido por posições político ideológicas mais radicais, dos dois extremos do espectro, como a ausência de intervenção do Estado no domínio econômico. Em verdade, como este artigo demonstrará, os governos nacionais que criaram mecanismos eficientes de intervenção indireta (regulação estatal) foram os que obtiveram melhores resultados durante e depois da chamada crise do Estado nação (HABERMAS, 2001).

Como assevera Azevedo Marques Neto (2000, p. 74),
trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia.

Disto resulta uma mudança significativa da competência para normatizar a atividade econômica, do Legislativo para o Executivo, que nem sempre é bem percebida pelos agentes econômicos privados que, em última análise, sofrerão os impactos das regras advindas do Executivo.

Indo um passo além, pode-se perceber que mesmo o Executivo brasileiro, na medida em que participa ativamente de foros e organizações internacionais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), não mais é absolutamente soberano para normatizar livremente a atividade econômica dentro do território nacional, sofrendo restrições em sua capacidade de normatizá-la autonomamente.

De outro lado, conhecidas as limitações ao poder de normatizar a atividade econômica hoje incidentes sobre os poderes Executivo e Legislativo, retomem-se as questões relativas à regulação.

6.3 A REGULAÇÃO ECONÔMICA

A regulação estatal cresceu em importância nos últimos anos pelo mundo todo e é uma parte relevante das políticas de governo que são implementadas pelas Administrações Públicas. Ainda assim, a regulação é uma atividade em dinâmica evolução, seja por conta das diversas flutuações conjunturais que afetam os mais diferentes mercados, seja por conta das próprias transformações das estruturas econômicas, que obrigam a Administração a constantemente rever suas posturas nesta seara (LAUBADÈRE, 1985, p. 107-108). O Estado deve constantemente avançar em direção à regulação desejada, procurando sempre corrigir os erros no sistema, sejam estes causados pela própria ação do Estado ou pela evolução das relações econômicas. Para Zippelius (1997, p. 469) deve haver

esforço constante de controlar as consequências de suas ações a fim de corrigi-las a tempo. Portanto, avançará apenas passo a passo e sempre comparará cuidadosamente os resultados perspectivados com os realmente alcançados, estando continuamente atento aos efeitos secundários indesejáveis.

Neste sentido, o próprio Direito Público encontra-se em rápida evolução, cujas principais transformações que afetam o tema aqui abordado são: (i) a pluralização dos sujeitos responsáveis pela criação das fontes normativas; (ii) a descentralização do aparato estatal por meio da criação de entes ou órgãos autônomos, responsáveis pelo incremento da atividade regulatória; e (iii) a relativização do modelo hierárquico clássico, com a emergência de mecanismos gerenciais e finalísticos de organização, mais apropriados ao incremento da complexidade da própria atividade administrativa (ARAGÃO, 2006, p. 9).

Analisando o vocábulo regulação, segundo Jeammaud, este significa “um trabalho consistente em introduzir a regularidade em um objeto social, assegurar a sua estabilidade, sua perenidade, sem fixar-lhe todos os elementos nem o integral desenvolvimento, portanto, sem excluir mudanças” (DI PIETRO, 2004, p. 20). Tal conceito denota um caráter dúplice para a regulação, a ideia de regularidade e a possibilidade de mudança,

já que a regulação consiste em uma atividade permanente e ordenada de normas e atos decisórios (JUSTEN FILHO, 2008, p. 533.).

Assim sendo, a regulação econômica pode ser definida como o conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou de escolha das empresas, dos profissionais liberais e dos consumidores, cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado, por meio do instituto da soberania interna (GRAU, 1996. p. 92-94) e que hoje se vê reforçada pelas pressões sofridas pelo próprio Estado em foros internacionais.

Neste sentido, Aragão (2006, p. 37) define a regulação estatal da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

Para Azevedo Marques Neto (2002), a regulação consiste no conjunto de normas e procedimentos a que o Estado recorre para definir ou alterar os incentivos e as restrições com que operam os agentes econômicos, com o objetivo de dirimir as ineficiências geradas pelas falhas de mercado e sempre, ao menos de início e em tese, de acordo com o interesse público. A regulação deve necessariamente se mostrar eficiente, influenciando o comportamento dos agentes de forma positiva, gerando um aumento do bem-estar social. Ademais, não se deve perder de vista o fato que a regulação sofre a influência marcante dos grupos de pressão que atuam junto aos tomadores de decisão nas três esferas do poder estatal, sendo que esse jogo de pressões, por vezes, acaba conduzindo a tomada de decisão para longe do próprio interesse público (AZEVEDO MARQUES NETO, 2002, p. 152).

Por seu turno, o objeto da regulação deve ser considerado em sentido amplo e em sentido restrito. Em sentido amplo, o objeto da regulação é a sociedade como um todo, como resultado do necessário atendimento ao interesse público. Todavia, mesmo a compreensão do conceito de interesse público evolui no tempo. Como assevera Floriano Azevedo Marques, “ao menos nos dias de hoje, interesses legítimos, mediatos ou imediatos de um particular não podem significar automaticamente um interesse contrário aos desígnios públicos” (AZEVEDO MARQUES NETO, 2002, p. 152).

O objeto da regulação, em sentido restrito, será a sociedade em seu conjunto ou determinadas instâncias da sociedade, ou ainda, domínios de determinadas práticas sociais abarcados imediatamente por uma específica regulação. Ainda assim, aqui se pode encontrar o interesse público, que na sociedade pluralista pode ser considerado como a soma dos interesses públicos das comunidades pertencentes a uma sociedade (AZEVEDO MARQUES NETO, 2002, p. 152-153).

A atividade de regulação, como dito acima, consiste em adequar condutas a normas previamente estabelecidas. Neste sentido, pode ser também compreendida como o conjunto de medidas legislativas e administrativas por meio das quais o Estado influencia o comportamento dos agentes econômicos, em favor da consecução dos interesses públicos (previamente definidos, na etapa normativa do processo). Tal contexto está inserido em um quadro maior, as possibilidades de regulação da economia em sentido amplo. Assim, a regulação pode ser: (i) estatal, feita pelas regras e condutas oriundas dos órgãos do próprio Estado, como acima exposto; (ii) pública não estatal, feita por organizações da própria sociedade por meio de delegação do poder público, com a possibilidade de incorporação desta regulação ao ordenamento jurídico estatal; (iii) auto-regulação, conduzida por organizações privadas, sem a necessidade de qualquer delegação por parte do poder público; e (iv) desregulação, onde os agentes ficam sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado, adotados pelas empresas por meio de suas relações negociais (ARAGÃO, 2006, p. 33).

De fato, a regulação “engloba todas as formas de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia” (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 14-15).

Após estas considerações sobre o conceito e o objeto da regulação, é preciso retomar as questões atinentes ao Estado e seu dever de intervir no domínio econômico. Diante do dinamismo econômico e social deste início de século, o Estado Democrático de Direito procura, por meio do Direito Administrativo Econômico, conduzir-se principalmente por princípios e objetivos gerais a serem alcançados. As normas jurídicas são relevantes instrumentos para que não se perca de vista a finalidade pública, tão cara à atividade da Administração Pública.

É perceptível que a extrema especialização dos setores e das normas que os regulam tem conduzido à construção de marcos normativos com forte presença de princípios, programas e objetivos a serem alcançados. Ao lado das clássicas regras dedutivas, as regras finalísticas deixam uma margem de interpretação que favorece a utilização de certa discricionariedade técnica na aplicação do conjunto normativo, o que, por seu turno, vem ao encontro do quadro de consensualidade e horizontalidade na regulação, conforme se expôs acima (ARAGÃO, 2006, p. 87).

Assim sendo, a efetiva aplicação do Direito nos casos concretos, ou seja, nas situações específicas que ocorrem em cada setor, deve compatibilizar os objetivos normativos a elas subjacentes, procurando interpretar e integrar as eventuais colisões e antinomias entre normas em cada caso. Não seria possível aos instrumentos normativos que compõem o quadro regulatório prever antecipada e exaustivamente todas as possíveis situações advindas do dia-a-dia da atividade econômica.

Ademais, merece destaque o fato de que a Administração Pública, na tarefa de mediar determinados conflitos efetivos de interesses por meio de processos administrativos que lhe são peculiares, deve levar em conta a necessária problematização do caso em análise, aplicando a própria tópica argumentativa, sob pena de se criar decisões e soluções de conflitos que possam “envenenar” as decisões seguintes em situações análogas (VIEHWEG, 2007)

Como afirma Aragão (2006, p. 87), “o grande risco da fluidez dos objetivos fixados na legislação é a possibilidade de, em razão da sua inevitável generalidade, serem instrumentalizados politicamente pelas forças políticas momentaneamente dominantes”.

É neste contexto que surgem os entes ou órgãos especializados, dotados de autonomia e poder regulatório, relativamente alheios ao comando político, sem que isto signifique afastamento da tutela administrativa. Tais entes atuam com base nos princípios gerais que regem a Administração Pública, bem como nos princípios específicos do Regime Jurídico Administrativo que lhes atingem, além de objetivarem o atendimento das finalidades públicas fixadas por lei.

Segundo Moncada (1988, p. 62-63),

o desenvolvimento qualitativo da Administração econômica faz-se, pois, à custa da perda de homogeneidade da orgânica administrativa. A nova organização pluralista ou mista, contando com a presença, cada

vez mais acentuada, de órgãos técnicos de composição variada, que se vêem assim associados ao desempenho de tarefas que se propõe a moderna Administração, ao mesmo tempo que lhe conferem legitimidade e a eficácia de seu saber especializado.

Todavia, é evidente que o incremento da intervenção indireta no domínio econômico e a própria “administrativização” da regulação impõem ao Estado a emergência e a adoção de novas formas de legitimação, sob pena de atentado aos postulados constitucionais do Estado Democrático de Direito. Tal legitimação exige a observância de imposições à atuação administrativa por três motivos principais. Em primeiro lugar porque a regulação estatal atende a objetivos e preceitos fixados pelo ordenamento jurídico e, por isto, além da devida observância ao princípio da legalidade e ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, há que se verificar o atendimento eficiente às finalidades públicas às quais a regulação atende (ARAGÃO, 2006, p. 104).

De outra face, o denominado “déficit democrático”, gerado pela maior presença da Administração Pública no processo regulatório em face do Legislativo, pode ser superado pela maior presença da sociedade na edição dos atos normativos e na devida motivação dos atos administrativos expedidos pela Administração Pública. Neste sentido, segundo Ackerman (2000, p. 638),

as constituições modernas precisam tomar passos construtivos para revelar as dimensões cruciais de julgamentos burocráticos normativos e para disciplinar seu exercício por um grande número de técnicas variando da participação pública até a vigilância judicial.

Por fim, já representa importante atendimento à necessária legitimação da Administração Pública na atividade de regulação a expressa observância dos princípios constitucionais elencados no caput do artigo 37 da CF/88. A observância do princípio da legalidade constitui pedra angular de todo o regime jurídico administrativo e sua inobservância eiva de vício qualquer atividade regulatória. O mesmo se aplica aos outros princípios, com especial atenção ao princípio da eficiência, cujo atendimento deve se constituir em um objetivo básico da Administração. Para tanto, é importante que a regulação abra um permanente espaço para o debate com o público, em especial com os setores que têm interesses públicos específicos em cada tema.

Fruto da complexidade crescente dos mercados e da atividade econômica em si, a regulação estatal passa por um contínuo processo de especialização setorial da própria

atividade e dos entes ou órgãos incumbidos de desenvolvê-la. A Administração Pública vive o desafio de ordenar esta complexa tarefa que, cada vez mais, é multifacetada, pois as redes normativas que vão se formando, devem cumprir com sua função tecnicista e específica sem deixar de lado a sua necessária integração e adequação ao todo, ou seja, ao sistema jurídico em geral. Esta coordenação é um desafio crescente para ao Estado, pois a tendência de setORIZAR determinada regulação funciona com uma força centrípeta que afasta os setores uns dos outros e do eixo central do sistema jurídico.

A estrita observância dos ditames constitucionais e do disposto pelas principais leis ordinárias que regem o regime jurídico administrativo é um dos elementos relevantes para que se possa manter o marco regulatório coordenado, sem perder a eficiência setorial que dele se espera.

Neste sentido, Cassagne (1995, p. 204) afirma

que a realidade econômica faz com que a Administração tenha que enfrentar, com frequência, fatos de difícil apreensão jurídica, heterogêneos e complexos e que a exigência de celeridade muitas vezes imposta pela conjuntura obriga a uma flexibilidade na sua atuação que supera todo formalismo. Mas, de qualquer forma, a flexibilidade da atuação da Administração e o seu informalismo não devem levar ao desconhecimento das garantias e direitos do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição e dos Princípios Gerais do Direito.

Inseridos neste contexto de crescente complexidade, os ordenamentos setoriais tornaram-se instrumentos de grande valia para que o Estado os utilize ao lado dos mecanismos tradicionais de regulação. Quanto ao tema, Azevedo Marques Neto (2000, p. 301) afirma que,

até por força do impacto tecnológico e do desenvolvimento de setores da economia, é importante que os operadores do Direito comecem a entender a necessidade de trabalhar com a existência de subsistemas jurídicos dentro do ordenamento jurídico. Esses subsistemas jurídicos são parcelas do ordenamento jurídico pautadas por princípios, conceitos e estruturas hierárquicas próprias a determinado setor.

Portanto, os ordenamentos setoriais possuem uma raiz econômica localizável e têm por função regular as atividades econômicas que possuem aspectos sensíveis ao interesse coletivo e que não podem prescindir de receber a atenção do Estado regulador. Assim sendo, quando o próprio legislativo entende que determinado setor exige um acompanhamento maior, ou seja, um maior controle estatal, este o confere a órgãos no

âmbito da Administração Indireta, como aqui no Brasil é o caso das agências reguladoras. Todavia, em diversas hipóteses, os próprios ordenamentos setoriais são confiados aos próprios indivíduos que exercem as atividades a serem reguladas, como é o caso dos Conselhos Profissionais. Tal mandato é conferido, nas duas situações, por um prévio e necessário ato ou contrato administrativo, ou seja, por autorização, licença e concessão.

Por isto, Justen Filho (2008) fala em regulação econômica e social. Diz o autor que embora seja costumeira a alusão a regulação econômica, isso não significa que a regulação não é concomitantemente econômica e social. “Isso significa que a intervenção estatal no âmbito econômico corresponde sempre à promoção de valores sociais. Toda e qualquer atuação regulatória consiste num conjunto de providências econômicas e sociais” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 532).

Além disso, e corroborando com o acima descrito, como bem recorda Alexandre de Aragão, as agências reguladoras, compreendidas como ordenamentos jurídicos setoriais, não se limitam a produzir efeitos às entidades que os representam, mas também atingem os particulares cuja atividade é o objeto específico da regulação e que, portanto, atuam no seu desenvolvimento (ARAGÃO, 2006, p. 197).

Neste contexto, agências reguladoras podem ser definidas como entidades situadas na Administração Indireta como autarquias sob regime especial, que desempenham funções administrativas e normativas, cujos principais objetos são: (i) o exercício do poder de polícia no que tange à regulação da atividade econômica, em consonância com o interesse público e visando favorecer a higidez do mercado; bem como (ii) garantir a eficiente prestação dos serviços públicos que sejam concedidos ou permitidos à iniciativa privada (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 132-135).

É justamente a sua qualificação como pessoa jurídica pertencente à Administração Indireta que garante à agência reguladora não ser subordinada hierarquicamente. Ademais, é a sua qualificação como autarquia sob regime especial que lhe garante a devida autonomia administrativa, financeira, patrimonial, técnica e de gestão de recursos humanos, além do mandato fixo e estabelecido de seus dirigentes.

Todavia, não se pode perder de vista o fato, que por ser óbvio quase não deveria ser citado, de que tais agências são tuteladas pela Administração Pública, ou seja, sua atuação deve ser legitimada por meio de controle administrativo. Esta tutela evita o

risco de incidência da teoria da captura, que, quando incide nas relações entre as agências reguladoras e o mercado, representa o inevitável afastamento da observância do interesse público.

De todo o exposto, observa-se que o Estado possui função principal para o bom andamento da atividade econômica no seu território. A crise financeira de 2008 denotou a superação definitiva da acima apontada “crise do Estado nação”, bem como afastou o discurso neoliberal, ao que se espera, definitivamente.

Todavia, este incremento na relevância do Estado, aponta para um problema bem menos teórico do que a crise de identidade das últimas décadas: no que tange à regulação econômica, como deve o Estado proceder a partir de agora e onde se localiza o “justo meio” entre a observância da livre iniciativa e o dever de garantir a higidez do mercado?

Primeiramente, após o colapso do setor financeiro no ano passado, é necessário afastar o discurso favorável à autorregulação. A presença do Estado na construção normativa e na posterior regulação da atividade econômica é inafastável.

Para cumprir esta missão, as questões atinentes ao tema devem fazer parte de uma estratégia de desenvolvimento nacional, debatida entre a classe política, o empresariado, os trabalhadores e a sociedade civil como um todo. Todavia, há alguns problemas nesta proposição. O primeiro problema é a falta de tradição em planejamento ainda presente no Brasil, bem como uma tendência cultural à tomada de decisão apenas com base em aspectos conjunturais. Ademais, ao que parece, há uma dicotomia histórica na classe política brasileira, que remonta ao processo de redemocratização de 1945, quanto ao projeto de desenvolvimento nacional, bem como ao modelo a ser utilizado, o privatista neoliberal ou o nacionalista. Ainda que estas questões estejam em parte superadas pelos eventos que desmontaram o discurso neoliberal nos últimos anos, há na classe política e na sociedade civil brasileira uma ruidosa minoria contrária à presença contundente do Estado na atividade econômica, como por exemplo, notou-se no debate sobre o marco regulatório do para a exploração do petróleo da camada pré-sal.

Em suma, a falta de consenso sobre o que o Brasil representa no mundo e sobre qual é o projeto de desenvolvimento nacional a ser seguido é um primeiro problema a ser

enfrentado, já que não é possível que a cada sucessão de governo entre os dois pólos políticos haja a fundação de um novo “Estado brasileiro”.

Em segundo lugar, o projeto de desenvolvimento nacional deve possuir apenas uma linha de conduta quanto ao marco regulatório para a atividade econômica. As medidas tomadas para um determinado setor não podem ser diametralmente opostas àquelas tomadas para outro setor. Em outras palavras, como a regulação econômica como um todo parte do título VII da CF/88, referente à ordem econômica e financeira, a aplicação dos instrumentos regulatórios deve ser o mais uniforme possível nos mais distintos setores.

Por fim, há que se buscar a constante ampliação do debate sobre o tema também no meio acadêmico, evitando-se as armadilhas do discurso ideológico raso, bem como da mera retórica favorável ao mercado a qualquer custo. Há um justo meio a ser alcançado pela Administração Pública, que passa por uma análise profunda dos princípios e valores dispostos no artigo 170 da Constituição Federal.

Nos próximos anos será possível observar o desenvolvimento e a aplicação de instrumentos regulatórios que contribuíram para a aceleração do processo de desenvolvimento brasileiro ou que, infelizmente, afastaram os capitais produtivos das fronteiras nacionais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 113, p. 633-729, jan. 2000.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 09-23.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 72-98.

_____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CASSAGNE, Juan Carlos. La intervención administrativa. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: _____. Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 19-51.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 1996.

HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional. Trad. de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAFER, Celso. Comércio, desarmamento e direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

LAUBADÈRE, André de. Direito público económico. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito económico. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Porto Alegre: SAFE, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do estado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Capítulo 7

O RECONHECIMENTO E CRIAÇÃO DOS “NOVOS DIREITOS” E OS DESAFIOS FINANCEIROS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO À LUZ DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM OS DIREITOS SOCIAIS

Carla Abrantkoski Rister¹

7.1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento e tutela dos direitos fundamentais é atividade que tem ocupado há séculos as mais diferentes nações. Como produto da história, tais direitos surgem e se acumulam aos já reconhecidos, exigindo dos diversos ordenamentos jurídicos e do poder público que se adaptem e promovam sua implementação.

À medida que os direitos se acumulam, passam a demandar do Estado não só um dever de abstenção ou de não interferência, mas antes uma prestação positiva dependente de recursos para seu aperfeiçoamento e concretização, a qual, no entanto, é dificultada pela escassez de verbas disponíveis e pelos reflexos que os gastos estatais com esses direitos provocam na economia como um todo.

A esse cenário, acrescente-se o surgimento dos “novos direitos”, muitas vezes consistentes no desenvolvimento de direitos já positivados, mas cujas características peculiares colocam o Poder Judiciário como protagonista de seu reconhecimento, ocorrendo então uma concorrência de demandas com o elemento descentralizador ínsito a essa sistemática de consagração, já que tal Poder acaba sendo instado a solucionar um número cada vez maior de casos relativos aos denominados “novos direitos”.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que reconheceu extenso rol de direitos fundamentais, muitos deles de natureza prestacional, cuidou da garantia de recursos para que fossem financiados de maneira estável e permanente.

Esses mecanismos, contudo, acabaram por provocar consequências indesejadas para a economia do país, o que levou a sua mitigação, inclusive pela via de emendas cons-

¹ Professora Doutora em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP), Juíza Federal, Professora de Direito Tributário, Econômico e Internacional, Pesquisadora do Grupo Novos Direitos/CNPq da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), Brasil.

titucionais. Cumpre, portanto, à luz da experiência brasileira, pensar em diretrizes a serem seguidas no reconhecimento dos “novos direitos”, a fim de que as demandas por eles atendidas não restem ignoradas, ao mesmo tempo em que se assegure a viabilidade como um todo do sistema de direitos fundamentais.

Com o presente artigo pretende-se demonstrar a necessidade de que os “novos direitos”, reconhecidos inicialmente pela jurisprudência, sejam, num segundo momento, positivados pelo legislador de forma a criar um sistema hierárquico de direitos que possa permitir um planejamento central e adequado de distribuição de recursos e atendimento de demandas essenciais.

Para tanto, examinar-se-á o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais; a experiência brasileira com o financiamento dos direitos sociais a partir da Constituição Federal de 1988; e as características próprias dos “novos direitos”.

7.2 AS GERAÇÕES DE DIREITOS

Os catálogos de direitos fundamentais hoje positivados nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como mediante tratados internacionais e diplomas de vocação supranacional (direito comunitário), não são produto de deduções feitas a partir de conceitos abstratos, ou resultado da coordenação sistemática de variados princípios; antes, são fruto de conquistas históricas muito bem identificáveis na linha do tempo, levadas a efeito em resposta a demandas individuais e coletivas bastante concretas. Daí falar-se na historicidade dos direitos fundamentais.

A propósito, preleciona Branco (2010, p. 317-318):

O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder. O fenômeno leva Bobbio a concluir que os direitos não nascem todos de uma só vez, “nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

A doutrina usualmente identifica três sucessivas gerações de direitos fundamentais, associáveis a certos períodos históricos e lemas da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade –, e reconhecíveis por elementos comuns a seus enunciados.

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles proclamados por ocasião da própria insurreição de 1789, consistentes nas liberdades individuais protegidas contra uma indevida ingerência estatal. São os direitos próprios do Estado liberal.

Mostrando-se, contudo, insuficientes as liberdades negativas em face da desigualdade reinante entre os cidadãos, então, por um lado, aprofundada pela industrialização, e por outro, exposta pelos movimentos socialistas, surgiram os direitos de segunda geração, ou direitos sociais, afeitos à igualdade material entre os indivíduos. A novidade está em que, diferentemente da primeira geração, na segunda a satisfação das pretensões não se perfaz mediante a inação estatal; muito pelo contrário, torna-se indispensável a conduta do Estado com o propósito de prover as pessoas com certos bens e serviços indispensáveis a sua sobrevivência digna.

Já na terceira geração de direitos, fortemente influenciada pelo cenário deixado pela Segunda Guerra Mundial, desloca-se o foco das demandas cujos titulares sejam os indivíduos para aquelas de titularidade de grupos, comunidades e povos: tem-se então a consagração dos assim denominados direitos difusos e coletivos. A associação se dá com o ideal de fraternidade ou solidariedade.

De um modo diverso e complementar, mas não antagônico à classificação que toma por referência os ideais revolucionários, Dal Canto (2015, p. 489) assim divide as diversas gerações de direitos:

Os direitos de primeira geração (direitos de liberdade contra o Estado) são aqueles que tiveram origem na revolução burguesa no final do século XVIII e que caracterizam a forma de Estado liberal dos séculos seguintes: são direitos essencialmente negativos, visando a defesa do indivíduo e da sua esfera de autonomia privada, no intuito de preservar esta última da ingerência do poder público.

Os direitos de segunda geração (direitos de liberdade no Estado) consistem em direitos positivos de participação na vida pública. Estes surgiram no curso do século XIX, se bem que, em um estado ainda embrionário, alguns desses direitos tenham sido afirmados anteriormente, ainda que reservados para uma exígua minoria de indivíduos. Entre esses direitos estão o de voto ativo e passivo e também, inicialmente com fortes restrições, o direito de reunião e associação.

Na metade do século XIX, no período seguinte à revolução industrial e no eclodir da questão social, começa a delinear-se também a terceira geração dos direitos (liberdade mediante o Estado), que encontrará, todavia, a sua completa afirmação apenas no século seguinte, no interior das Constituições do pós-guerra. Os direitos de terceira geração se caracterizam pelo fato de serem portadores de uma concessão prevalentemente positiva e participativa dos direitos, os quais vieram a culminar, sobretudo, na satisfação das necessidades de ordem econômica, social e política do indivíduo, com a efetivação do princípio da igualdade substancial.

Sendo os direitos fundamentais respostas às situações históricas que surgem, não se pode afirmar que a terceira geração tenha sido a última. Desde então, a complexidade da sociedade contemporânea, o fenômeno da globalização e dos fluxos migratórios, as novas formas de coordenação entre os Estados e os avanços tecnológicos só têm se aprofundado, exigindo do direito novas soluções; daí falar-se em “novos direitos”, ou direitos de quarta geração. Sobre suas características peculiares falaremos em um próximo tópico.

7.3 A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proclamação solene dos direitos fundamentais, inclusive em sede constitucional, tem sido muitas vezes a primeira e única etapa de implementação desses postulados nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais.

Mais raros são os casos em que do enunciado se passa à efetiva aplicação. E isso porque aplicar esses direitos significa, da parte dos Estados, divorciar-se de formas de exercício do poder baseadas em princípios em tudo contrários aos preceitos democráticos e aos ditames das liberdades individuais. Esse divórcio quase nunca é tranquilo, razão pela qual o efetivo respeito aos direitos fundamentais vai avançando gradualmente por força de grupos militantes dentro do território nacional, assim como em razão de pressões externas, seja de outros países, seja de organismos internacionais como a ONU, mediante sanções comerciais ou outras restrições à livre atuação desses Estados no palco das nações.

Porém, não só regimes autoritários são obstáculos ao pleno gozo dos direitos fundamentais pelos cidadãos. Também em nações democráticas, em que as liberdades indi-

viduais são respeitadas, os direitos de segunda e terceira geração têm sua plena eficácia obstada pela escassez de recursos que lhes financie, o que se agrava em momentos de crise econômica, quando as fontes desse financiamento costumam ser as primeiras a sofrer contingenciamento.

Aliado ao fato de que os recursos são escassos, está a circunstância de que nem sempre as finanças públicas são geridas de forma eficiente e proba, o que demanda a intervenção do Judiciário a fim de evitar que os postulados constitucionais não passem de uma carta de intenções.

A atuação do Poder Judiciário nessa seara, entretanto, não é tranquila: são constantes as acusações por parte dos outros Poderes de que está invadindo competências que lhes são próprias; de que a implementação pontual de direitos sociais, dados os custos que envolve, acaba por desequilibrar o orçamento estatal e impedir uma gestão centralizada e impessoal dos recursos em prol de um atendimento geral, ainda que mínimo, das demandas sociais; e de que carece o Judiciário da legitimidade popular para o que seria uma verdadeira instituição e implantação de políticas públicas.

Esse cenário tende a permitir que diversos grupos sociais e políticos ponham em questão a legitimidade e viabilidade dos direitos fundamentais, o que conduz ao risco de que até os enunciados de tais direitos possam ser suprimidos, o que importaria um retrocesso ainda maior em sua implementação.

7.4 *FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS – O CASO BRASILEIRO*

A Constituição Federal de 1988, além de promover a redemocratização do país, estabeleceu extenso rol de direitos fundamentais e coletivos, muitos deles de natureza prestacional; porém, a perfeita observância de seus preceitos tem sido um desafio à sociedade brasileira desde sua promulgação.

O constituinte, ciente da necessidade de verbas para o sucesso dos ditames que consagrava, cuidou da salvaguarda de recursos permanentes e estáveis para a cobertura das despesas decorrentes dos direitos sociais, operando a vinculação constitucional de certas receitas públicas para setores como saúde, educação e seguridade social.

Além dessas vinculações, foi admitida em nível constitucional a destinação de receitas a fundos de desenvolvimento regional, com o fito de equilibrar o desenvolvimento socioeconômico de regiões como a Norte, Nordeste e Centro-Oeste em relação aquele historicamente verificado nas regiões mais prósperas do país (Sul e Sudeste).

Com foco direto na redução das desigualdades sociais, independente das regiões em que as pessoas se encontrassem, foi instituído o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, destinado a subsidiar programas de transferência de renda.

Entretanto, em sentido contrário à vinculação de receitas para fins sociais, desde a implantação do Plano Real e da consequente estabilização da economia, foi aprovada a desvinculação de uma parte das receitas originalmente afetadas com o objetivo de flexibilizar a rigidez orçamentária, ampliar a margem de escolha dos administradores sobre a alocação de recursos e evitar o endividamento do Estado. Isso se deveu, entre outros fatores, ao fato de que, com o propalado fim da inflação à época, o Estado reduziu suas possibilidades de prostrar gastos e antecipar ganhos, jogando com o efeito financeiro da inflação em seu favor.

Ferraz (2012, p. 23-24) bem explica o fato:

A desvinculação de receitas da União foi adotada, em 1994, quando da implementação do Plano Real. Até então, a alta taxa de inflação permitia que o setor público apresentasse resultados operacionais mais positivos com relativa facilidade. Isso era possível porque o valor real das despesas sofria o efeito da erosão inflacionária e, assim, o governo podia controlar seus gastos adiando reajustes ou postergando o efetivo pagamento. Cessados os efeitos da inflação, a desvinculação possibilitou a melhoria das contas públicas, enquanto não se implantassem as reformas constitucionais pretendidas.

A Desvinculação de Receitas da União – DRU – instrumento utilizado para essa flexibilização, tem sido fortemente criticada por sua suposta inconstitucionalidade, seja por afetar a separação dos poderes e o sistema federativo, seja por tender à abolição dos direitos fundamentais pela frustração de seu financiamento, já que opera no sentido de fazer subtrair uma parte das receitas constitucionalmente vinculadas a tal fim. Sua vigência foi recentemente prorrogada até 31 de dezembro de 2023, pela Emenda Constitucional nº 93, de 08 de setembro de 2016, mas não sem críticas de amplos setores da sociedade civil.

Ao lado da DRU, e na tentativa de vencer os desafios impostos pela crise econômica e pelo endividamento do Estado, foi também aprovada a Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que institui Novo Regime Fiscal, cujos termos modificam o sistema original da Constituição para financiamento dos direitos sociais, flexibilizando-o, o que encerra potencial de lhes prejudicar a plena implementação futura.

O governo, contudo, ciente desse risco, argumenta no sentido de que, se não forem tomadas medidas de restrição e contingenciamento no presente, o aprofundamento da crise econômica e o endividamento do Estado acabarão por inviabilizar, por via oblíqua e de forma ainda mais severa, os direitos cuja proteção ora se reputa afetada. A respeito, merecem transcrição as razões expostas pelo Ministro da Fazenda, Henrique de Campos Meirelles, e pelo Ministro do Planejamento, Dyogo Henrique de Oliveira, quando do encaminhamento da Proposta de Emenda Constitucional:

[...] A raiz do problema fiscal do Governo Federal está no crescimento acelerado da despesa pública primária. No período 2008-2015, essa despesa cresceu 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%. Torna-se, portanto, necessário estabilizar o crescimento da despesa primária, como instrumento para conter a expansão da dívida pública. Esse é o objetivo desta Proposta de Emenda à Constituição.

5. O atual quadro constitucional e legal também faz com que a despesa pública seja procíclica, ou seja, a despesa tende a crescer quando a economia cresce e vice-versa. O governo, em vez de atuar como estabilizador das altas e baixas do ciclo econômico, contribui para acentuar a volatilidade da economia: estimula a economia quando ela já está crescendo e é obrigado a fazer ajuste fiscal quando ela está em recessão. A face mais visível desse processo são as grandes variações de taxas de juros e de taxas de desemprego, assim como crises fiscais recorrentes. A esse respeito, cabe mencionar a vinculação de volume de recursos destinados a saúde e educação a um percentual da receita.

[...]

13. Para corrigir o já referido problema de possuímos uma estrutura de gastos procíclica, o Novo Regime Fiscal evita que o limite seja estabelecido como percentual da receita ou do Produto Interno Bruto. Essas duas métricas permitiriam uma expansão mais acelerada do gasto durante os momentos positivos do ciclo econômico, ao mesmo tempo em que exigiriam ajustes drásticos nos momentos de recessão. Nosso objetivo é garantir uma trajetória suave do gasto público, não influenciada pelas oscilações do ciclo econômico. Tendo em vista que a receita continuará a oscilar de forma correlacionada ao nível de atividade, o Novo Regime Fiscal será anticíclico: uma trajetória real constante para

os gastos, associada a uma receita variando com o ciclo, resultarão em maiores poupanças nos momentos de expansão e menores superávits em momentos de recessão. Essa é a essência de um regime fiscal anticíclico (BRASIL, 2016)

Vê-se, portanto, que, no atual cenário brasileiro, a efetivação dos direitos fundamentais, mormente daqueles de conteúdo prestacional, encontra-se num impasse.

De um lado, a inexistência de recursos rigidamente vinculados ao financiamento dos direitos sociais submete sua implementação às circunstâncias do momento e ao voluntarismo dos governantes, nunca se assentando uma linha de continuidade que conduza a uma mais plena e geral efetivação.

De outro lado, contudo, a excessiva rigidez orçamentária termina provocando distorções no equilíbrio fiscal, seja por obrigar o Estado a emitir títulos da dívida pública quando, no lugar, recursos sobressalentes rigidamente vinculados a certas despesas poderiam ser utilizados; seja por atrelar a despesa social do Estado a percentuais da receita ou do PIB, o que provoca os efeitos procíclicos acima referidos, prejudiciais à economia, à arrecadação e, ao final, à própria implementação dos direitos sociais.

7.5 OS “NOVOS DIREITOS” E SUAS CARACTERÍSTICAS

Os “novos direitos” não veiculam preceitos cujo conteúdo se diferencie de maneira clara daquele dos direitos de gerações anteriores. São, isto sim, respostas às demandas históricas advindas do avanço da ciência e da tecnologia, da globalização e dos fluxos migratórios, respostas essas que importam aperfeiçoamento, especificação e alargamento das fronteiras de direitos já consagrados.

Além desse aspecto de conteúdo, os “novos direitos” se caracterizam pelo reconhecimento que têm por caminhos novos, como o da construção jurisprudencial feita a partir de princípios e direitos já consagrados nas constituições, ou do diálogo estabelecido entre cortes e diplomas protetivos emanados por instâncias nacionais, internacionais e comunitárias.

Também lhes é peculiar a problemática da titularização das pretensões que veiculam: são consideradas figuras novas ou antes negligenciadas, como a do estrangeiro, do apátrida, do nascituro e até dos animais.

Acerca do momento histórico dentro do qual os “novos direitos” surgem, preleciona Bobbio (2001, p. 210-211):

Pois bem, o que distingue o momento atual em relação às épocas precedentes e reforça a demanda por novos direitos é a forma de poder que prevalece sobre todos os outros. A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condições de usá-las. Entramos na era que é chamada de pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo. Desde o dia em que Bacon disse que a ciência é poder, o homem percorreu um longo caminho! O crescimento do saber só faz aumentar a possibilidade do homem de dominar a natureza e os outros homens.

Os direitos de nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de ideias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam estes três exemplos centrais no debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o último da série, que está levantando debate nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

As circunstâncias históricas que levam à necessidade de reconhecimento dos “novos direitos” impõem-se de forma fragmentária e premente, o que exige que as respostas dadas muitas vezes se dirijam apenas a minorias sociais, em movimento contramajoritário, e que sejam dadas rapidamente, sob pena de ineficácia das medidas adotadas.

Esses dois aspectos – caráter contramajoritário e premência das demandas -, forçam a discussão em torno dos novos direitos a ser travada não na esfera que seria de se esperar, do Poder Legislativo e dos representantes eleitos pelo povo, mas sim na do

Poder Judiciário, onde carências individuais ou de minorias encontram mais facilmente espaço para expressão, e onde a tutela dessas situações pode ser prestada com presteza.

Todavia, não somente esses aspectos contribuem para que o Judiciário assuma papel de destaque na criação e reconhecimento dos “novos direitos”.

A crescente consciência do caráter universal dos direitos humanos e da insuficiência de que sua proteção se limite ao nível nacional, tem levado à criação de instâncias internacionais e supranacionais (caso da União Europeia) de enunciação e salvaguarda de direitos, o que faz proliferarem cortes de julgamento e cartas de direitos que albergam pretensões ainda não internalizadas pelos ordenamentos jurídicos nacionais.

Essa pluralidade de fontes, aliada à existência de disposições abertas nas constituições nacionais, que abrem a possibilidade ao julgador de dialogar com instâncias mais avançadas de proteção, contribui, de sua parte, para o protagonismo judicial.

No Brasil, por exemplo, os §§ 2º e 3º do art. 5º, da Constituição Federal, são verdadeiras cláusulas de abertura de nosso ordenamento a concepções mais avançadas de tutela e reconhecimento de direitos; senão, vejamos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Tecendo explicações a propósito dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia, Caretti (2015, p. 425-426):

Trata-se de um fenômeno que sofreu um impulso decisivo na passagem da tutela anteriormente apenas nacional, para uma tutela também internacional e supranacional. A entrada em cena de uma pluralidade de Cartas dos direitos e de uma pluralidade de juizes, chamados a garantir proteção, o entrelaçamento de diversos sistemas de tutela que se estabeleceu e a afirmação progressiva do princípio da tutela mais abrangente

como critério para regular as relações recíprocas, são todos elementos que impulsionam uma extraordinária valorização da atividade interpretativa dos juízes (dos internacionais e supranacionais, bem como daqueles juízes nacionais constitucionais e nacionais comuns, dentro de cada ordenamento). Assim, a área na qual cada vez mais frequentemente se exercita esta atividade interpretativa é a das disposições constitucionais (ou “de relevo constitucional”, a exemplo das diversas Cartas europeias, às quais nos referimos), e não a das disposições legislativas. Isto é válido não apenas, obviamente, para os juízes constitucionais, mas também para os juízes comuns: veja-se a obrigação de o juiz comum de interpretar a lei nacional “em sentido compatível ou conforme” com o conteúdo de tais disposições, contribuindo assim para determinar seu significado normativo, devendo apenas em último caso, quando tal “interpretação conforme” não seja possível submeter a questão do eventual conflito à decisão da Corte Constitucional.

Entretanto, a circunstância de que os “novos direitos” sejam bem-sucedidos em encontrar proteção inicial junto ao Poder Judiciário não implica que este poder seja capaz de assegurar uma plena implementação dos mesmos no longo prazo. E isto porque, ao lado dos novos direitos, muitos outros, de reconhecimento mais antigo, concorrem pela alocação de recursos públicos, sempre escassos, sendo por isso incontornável a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na equalização centralizada dos diversos interesses conflitantes ou paralelos.

7.6 O FINANCIAMENTO DOS “NOVOS DIREITOS”

Como já adiantado acima, os “novos direitos” não ostentam diferença marcada frente aos direitos de gerações anteriores quanto ao conteúdo; assim, muitos deles são evoluções de já consagradas liberdades negativas, pelo que não demandam prestações positivas do Estado, mas somente a observância de deveres de não interferência; outros, no entanto, aperfeiçoam direitos sociais ou coletivos que exigem a intervenção estatal para sua observância. Estes, portanto, submetem-se à mesma problemática de escassez de recursos para seu financiamento que os direitos sociais de segunda geração vêm enfrentando.

No Brasil, mas não só aqui, como também em outros países, a Constituição foi pródiga em proclamar direitos fundamentais de titularidade dos indivíduos e das coletividades; não foi tão eficaz, porém, em criar mecanismos de financiamento de direitos

que os impeça de se tornar meras declarações bem intencionadas, ao mesmo tempo que evitem distorções fiscais deletérias para a economia do país como um todo e, por via oblíqua, à própria implementação desses direitos.

Apesar de o constituinte de 1988 não ter se descuidado da previsão de meios para assegurar permanentes e estáveis recursos para o financiamento dos direitos sociais, criou-os de tal forma que, com o tempo, a Constituição precisou ser reformada de modo a diminuir-lhes o alcance e mitigar-lhes os efeitos, sob pena de inviabilização de toda a economia nacional.

Se os direitos sociais já positivados ainda não alcançaram sua plena implementação, encontrando-se em meio a uma verdadeira crise, o que pensar a respeito do futuro dos “novos direitos”, cuja enunciação positiva sequer aconteceu?

Como visto, uma das principais características dos “novos direitos” é sua criação e reconhecimento mediante decisões judiciais elaboradas a partir de princípios e regras já legislados, ou a partir de diálogo com cortes de direitos humanos e cartas de direitos emanadas por instâncias internacionais e supranacionais. A possibilidade de criação de direitos é, assim, quase ilimitada, o que só faz aumentar a concorrência por recursos escassos.

No caso dos “novos direitos”, outros dois fatores colaboram para que, nessa “concorrência por verbas”, saiam perdendo em relação aos direitos já positivados: o caráter fragmentário de sua enunciação, que originalmente é feita para o caso concreto levado a juízo, o que impede um planejamento orçamentário central que otimize a utilização dos recursos; e a resistência dos Poderes Executivo e Legislativo em aceitar essa atividade criativa do Poder Judiciário, por considerarem que invade seu âmbito de atuação.

O enfrentamento dessa problemática, porém, não pode conduzir à negação pura e simples dos “novos direitos”. Afinal, se são reconhecidos pelo Poder Judiciário, não o são levemente, mas sim em virtude de haver situações e fatos da vida que demandam aquela tutela específica.

Acerca do problema e de uma possível solução, discorre Ruggeri (2015, p. 431-432):

Dois fenômenos, a propósito bastante conhecidos, de tal forma que sobre os mesmos não são necessárias novas hesitações, deram vida a uma

mistura explosiva, determinando a superação de antigos e também precários equilíbrios, sem que, no entanto, ficasse claramente delineado o quadro no qual poderiam se desenhar outros equilíbrios.

O primeiro decorre da “invenção” a ritmo frenético de novos direitos que reivindicam o título de “fundamentais”. Uma invenção ocorrida, por um lado, pelo surgimento das Cartas internacionais dos direitos, seja de caráter geral ou particular (tendo por objeto tanto direitos heterogêneos componentes de um catálogo julgado exaustivo, quanto direitos específicos em relação a matérias igualmente específicas, ou seja, para determinadas categorias de sujeitos), bem como pela pluralidade das esferas institucionais ou dos “níveis” aos quais se pode fazer valer a observância (internacional e supranacional, nacional e infra-nacional). Por outro lado, a invenção propriamente dita é decorrente do desenvolvimento, também a ritmo intenso, da ciência e tecnologia. Este desenvolvimento, por sua vez, e em sensível medida, levou à descoberta de novos direitos, ou seja, a um amadurecimento cultural e a uma crescente sensibilidade no que diz respeito a certas necessidades anteriormente desconsideradas ou consideradas em tal nível que não lhes conferia o caráter de direitos “fundamentais”.

O segundo decorre da exiguidade de recursos disponíveis para a satisfação de tais necessidades; recursos que, na verdade, deveriam ser cada vez maiores, dado que a salvaguarda dos direitos (antigos e recentes) comporta custos incomparavelmente maiores em relação aos requeridos até pouco tempo atrás.

A diferença, cada vez mais evidente, entre exigências (especialmente no âmbito econômico-social) e recursos chegou a um nível tal que requer a reflexão sobre o modelo ou estilo de vida social.

Sendo muitas as demandas e poucos os recursos, faz-se imperioso o estabelecimento de uma mais criteriosa hierarquia entre os direitos, de modo a se eleger prioridades².

Se as características ínsitas aos “novos direitos” dificultam que encontrem seu nascedouro na seara legislativa, essas não impedem que, uma vez reconhecidos judicialmente, à medida que se tornem mais amplamente difundidos na jurisprudência, sejam incorporados pelo legislador ao ordenamento positivo. E essa incorporação não há de ser acrítica; o legislador, desde a posição privilegiada que ocupa para representação dos interesses da população, deverá posicionar os “novos direitos” dentro de uma hierarquia bem estabelecida, não necessariamente como direitos fundamentais, de tal forma que

² Em posição semelhante à que é aqui adotada sobre a necessidade de atualização do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, ver Ruggeri (2015, p. 440-441).

a prioridade na alocação de recursos seja facilmente identificada e, apesar da escassez destes, ostente assim uma qualidade ótima.

Procedendo-se desse modo, evita-se que os direitos fundamentais como um todo acabem se tornando meras declarações de boas-intenções e que certas necessidades essenciais resem desatendidas.

A partir de um núcleo essencial, e dentro de uma hierarquia bem definida, a implementação dos direitos fundamentais, inclusive dos novos direitos, poderá progredir, na medida em que as experiências bem-sucedidas se consolidem e mecanismos mais desenvolvidos de financiamento sejam criados.

Por fim, não se pode olvidar a necessidade de que o catálogo já existente de direitos fundamentais seja melhor hierarquizado, com vistas à mesma aplicação ótima e realística de recursos acima delineada.

O equilíbrio entre vinculação de receitas e flexibilidade orçamentária é questão complexa cujo deslinde escapa aos objetivos deste artigo. O que se propõe aqui é que - independentemente da solução encontrada para aquele problema -, os recursos nunca serão abundantes o suficiente, ao passo que as demandas concretas não deixarão de surgir em decorrência da evolução histórica, o que exige do legislador, no exercício da função que lhe é própria, o exercício de sistematização e hierarquização dos direitos já positivados e daqueles legitimamente reconhecidos pelo Poder Judiciário, a fim de impedir que, sob a alegação de insuficiência de verbas, todos os direitos fundamentais acabem por ser negligenciados, o que seria um retrocesso indesejável, ou que demandas menos essenciais sejam atendidas em detrimento de outras de maior essencialidade.

7.7 CONCLUSÕES PARCIAIS

O protagonismo do Poder Judiciário no reconhecimento e criação dos “novos direitos” não é fenômeno negativo que indique uma imperfeição ou dismantelamento do sistema de separação dos poderes.

É, isto sim, uma resposta adequada a demandas que, por suas peculiares características, dificilmente encontrariam guarida inicial pelo Poder Legislativo.

A dinâmica dessa primeira fase, entretanto, não significa que para a plena efetivação dos “novos direitos” deverão ficar alijados os Poderes Executivo e Legislativo, já que o Poder Judiciário, por sua própria dinâmica, atua quando os demais Poderes de alguma maneira falharam em suas atuações, dentro do sistema de freios e contrapesos. Ao Poder Judiciário não incumbe atuar sozinho, já que não tem a atribuição de gerar recursos hábeis à implementação de políticas públicas; esse dever cabe ao Poder Executivo.

A natureza prestacional de muitos desses “novos direitos” e a escassez de recursos que socorram todas as demandas impõem ao legislador o dever de positivação e hierarquização de direitos. Só a partir de um sistema composto por prioridades bem definidas os direitos fundamentais poderão ser melhor garantidos à razão de sua essencialidade.

Apesar de ainda estar pendente de solução o impasse entre vinculação de receitas e flexibilização orçamentária, qualquer solução encontrada dificilmente passará pela descoberta de recursos ilimitados para demandas crescentes.

Assim, só o reconhecimento de uma hierarquia de prioridades poderá assegurar a existência do sistema de direitos fundamentais como um todo e impedir que novas demandas restem desatendidas. Note-se ainda a importância do equilíbrio orçamentário estatal para o fim de possibilitar a garantia de direitos sem que se provoque aumento de inflação, o que prejudica a todos, mas especialmente aqueles menos providos e as classes mais desfavorecidas.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Ministério da Fazenda e Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. *Exposição de motivos interministerial n. 00083/2016*. Proponentes: Henrique Campos Meirelles e Dyogo Henrique de Oliveira. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filenome=PEC+241/2016>. Acesso em: 29 ago. 2016.

CARETTI, Paolo. O futuro dos direitos fundamentais: uma visão comparada. In: ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; ROMBOLI, Roberto (Org.). Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DAL CANTO, Francesco. Os novos direitos. In: ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; ROMBOLI, Roberto (Org.). Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

FERRAZ, André Luiz Naves Silva. Desvinculação das receitas da União. Revista Síntese Responsabilidade Pública, São Paulo, ano 1, n. 6, p. 23-24, dez./jan. 2012.

RUGGERI, Antonio. O futuro dos direitos fundamentais: viagem aventureira no desconhecido ou retorno ao passado? In: ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; ROMBOLI, Roberto (Org.). Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

Capítulo 8

RESISTÊNCIAS, REIVINDICAÇÕES E DIREITOS SOCIAIS: REVISITANDO O CONSELHO NACIONAL DO TRABALHO (1930-1937) A PARTIR DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL

Rafael Lamera Giesta Cabral¹

8.1 INTRODUÇÃO

Entre os inúmeros desafios que se impõem ao ofício do historiador do direito estão o uso e a seleção das fontes de pesquisa². Se a realidade já não está mais acessível de forma direta e não se pode produzir resultados certos ou inequívocos sobre uma série de situações que remontam ao passado, como produzir uma pesquisa na área da história do direito?

Esse desafio acompanhou grande parte das discussões metodológicas que contribuíram para o desenvolvimento da historiografia jurídica durante o século XX e, muito embora tenha encontrado uma estabilidade relativa, ainda produz inovações e possibilidades que renovam essa área do conhecimento.

O constante diálogo das fontes é um ponto importante a ser considerado. Como destaca Costa (2010, p. 20), “entre a realidade e o historiador se interpõe um estratificado e complexo mundo de sinais, palavras, de testes que constituem, para o historiador, a demora habitual”. Depurar esses sinais, vestígios e indícios deixados no passado é parte daquilo que nos caracteriza como pesquisadores. Em muitos casos, o papel do historiador não consiste em descrever coisas ou estados de coisas, mas sim, a de atribuir um sentido. Há eventos em que a realidade só pode ser revisitada a partir de textos fragmentários ou indiciários, e o produto final corresponderá sempre a uma interpretação possível para a compreensão do passado.

A proposta desta conferência reflete um pouco este estado da arte tendo em vista um fundo de arquivo do Conselho Nacional do Trabalho – CNT, localizado no Tribunal Superior do Trabalho. Nos últimos anos, muitas interpretações foram produzidas sobre

¹ Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Ciência Política pela UFSCar. Atualmente, é professor adjunto no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-árido – UFERSA e professor no Mestrado Profissional em Administração Pública (UFERSA-PROFIAP). E-mail: rafaelcabral@ufersa.edu.br.

² O autor manifesta seus agradecimentos a Lilian Giesta Cabral e Carlos Luan Maciel pela leitura atenta do texto.

os direitos sociais na história constitucional brasileira e muitos deles refletem e nos remetem ao período da Era Vargas, tempo em que direitos sociais foram consolidados.

A Era Vargas pode ser compreendida por três momentos: o primeiro, delimitado pelo governo provisório (1930-1934); o segundo, pelo interregno constitucional (1934-1935); e, por fim, pelo Estado Novo (1937-1945). Em que pese essa classificação servir mais para fins pedagógicos que necessariamente para exemplificar contextos próprios, o meio como os direitos sociais, especialmente aos relacionados à regulação do trabalho foram incorporados à gramática constitucional brasileira merecem ser revisitados por duas razões especiais: a primeira, por ser representativa do aceleração da transformação social, que pode ser compreendida pela transição do modelo agrário-exportador para uma sociedade urbana, industrial e moderna e segundo, pelas incoerências que marcaram esse processo, seja pela ausência de regulação do trabalho rural (cujo índice se aproximava dos 80% da classe trabalhadora nacional), ou pela forma reivindicatória, extensiva ou repressiva que os direitos sociais trabalhistas se institucionalizaram em nossa experiência constitucional.

A abordagem metodológica deste trabalho se ancora em três casos selecionados no fundo de arquivo do Conselho Nacional do Trabalho. O objetivo é produzir uma interpretação que viabilize novos olhares sobre os movimentos de resistência e reivindicação de direitos do trabalho (na Era Vargas), a partir da institucionalização de uma arena político-jurídica inédita (incluída pela Constituição de 1934) e em constante modificação: o CNT, que se transformaria em Tribunal Superior do Trabalho, a partir de 1939.

8.2 CASO CARLOS ALBERTO DE MORAES REGO, 1930 (RIO DE JANEIRO, DISTRITO FEDERAL)

Em 19 de dezembro de 1930, Carlos Alberto de Moraes Rego, propôs uma reclamação trabalhista junto ao Conselho Nacional do Trabalho contra a Companhia Brasileira de Portos (BRASIL, 1930), no Rio de Janeiro – Distrito Federal. Na petição inicial, Carlos Alberto informava que era funcionário da companhia desde 1919 e que foi demitido em 1930. Pugnava pela intervenção do CNT para reintegrá-lo ao trabalho por considerar sua demissão injusta. Os fatos alegados pelo autor eram graves: foi acusado pela polícia de ter auxiliado no furto de 1.500 gramas de cocaína de um carregamento. Sob tortura e “bárbaros espancamentos”, alegou que foi obrigado a assinar declaração que não havia

prestado, que em decorrência de tais fatos foram forjados dois processos por um só crime não cometido (furto e venda de tóxico). No primeiro processo, teria sido condenado por um ano, com a concessão de suspensão da pena pelo “sursis”, e no segundo, foi absolvido. Após ter se apresentado ao trabalho, informou que não foi reintegrado sob a alegação de que a empresa queria economia e não despesas. Considerando que a companhia não instaurou o inquérito administrativo para apurar falta grave de empregados estáveis, tal como preconizava o Decreto n. 5.109 de 20 de dezembro de 1926, pugnava por sua reintegração por compreender que a companhia havia violado seu direito de estabilidade. No entanto, os argumentos de Carlos Alberto avançavam para um outro cenário, que não se vinculava apenas ao mundo do direito, mas também ao contexto político que margeava os eventos que culminaram com a Revolução de 1930.

Nesse ponto, Carlos Alberto alegara que a empresa “para vingar-se do funcionário conhecidamente revolucionário (desde 1924) a ponto de trazer pregado em sua mesa de trabalho os retratos de Luiz Carlos Prestes e de Isidoro Dias Lopes; de ter angariado e enviado o produto de uma subscrição aos bravos internados na Bolívia e também por meio de uma subscrição ter enviado uma coroa para o corpo de grande Ferdinando Laboriau (citado, não para defesa, mas para justificar a perseguição); [...] Porque não é justo que no momento em que o governo da Sagrada Revolução procura amparar os sem trabalho, uma companhia de francezes, procure agravar a situação, despedindo os seus funcionários; [...] Porque não é justo que no momento em que o governo indulta os presos (contraventores) que se encontram na Casa de Detenção, o Sr. [Delegado de Polícia], queira vingar-se d’aqule que encabeçou trez pedidos de aumento, e que a muito tempo está indultado pelo ‘sursis’; [...] Porque de um lado há um brasileiro pedindo justiça para não morrer de fome, e do outro um francez, querendo fazer economia para aumentar a sua porcentagem nos lucros da empresa ‘brasileira’; [...] Por que, finalmente, não há (como falou o francez) direitos adquiridos, mas... contra a Nação, e por conseguinte também não há contra os seus filhos, que dela são particular”.

Os documentos arrolados na petição inicial também se destacavam. Carlos Alberto apresentou uma cópia fotográfica de Luiz Carlos Prestes e Isidoro Dias Lopes (líderes da Coluna Prestes, vinculados a uma fase do movimento tenentista), certidão de absolvição da Justiça Criminal, subscrições para angariar fundos para compra de coroa de flores e apoio para a causa revolucionária. A companhia contestou a demanda alegando

que não fora instaurado o inquérito administrativo por entender não ser necessário ante a condenação judicial em decorrência de ação pública criminal.

A procuradoria geral do CNT lançou parecer aos autos e registrou que as informações apresentadas pelo autor eram importantíssimas, “pois não é possível desligar da apreciação do processo a situação de revolucionário, do recorrente, situação que evidentemente lhe criou um ambiente de má vontade na empresa, pois que é de conhecimento público pela sua grande notoriedade e certeza de que os aplausos aos revoltosos criava uma situação verdadeiramente insustentável perante o governo deposto”. No entendimento da procuradoria, a condição de revolucionário foi levada em consideração para que o processo criminal o incluísse como co-partícipe e, na oportunidade, fosse demitido sem que a empresa apurasse a falta grave cometida mediante instauração de inquérito administrativo.

Em 15 de outubro de 1931, os conselheiros do CNT reconheceram que o reclamante era funcionário estável e que sua demissão somente poderia ocorrer após apuração de eventual falta grave identificada em inquérito administrativo, nos termos do art. 43, do Decreto n. 5.109, de 20 de dezembro de 1926. Não sendo instaurado o inquérito, acrescentaram os conselheiros, teria a empresa cometido ilegalidade e, uma vez que a sua condição de revolucionário tinha criado um ambiente de má vontade, bem como nesse mesmo ambiente fora realizado o inquérito policial, o CNT determinou a reintegração de Carlos Alberto à Companhia Brasileira de Portos para o mesmo cargo que exercia, com pagamento de seus vencimentos desde a suspensão. A decisão foi cumprida pela empresa requerida.

8.3 CASO DOMINGOS MANTILHA E OUTROS, 1934 (ARROIO DOS RATOS, RIO GRANDE DO SUL)

Nos primeiros dias do mês de setembro de 1934, o CNT autuou uma reclamação trabalhista encaminhada pela 11ª Inspeção do CNT em Porto Alegre/RS. Tratava-se do processo dos mineiros Domingos Mantilha, Liberalino Machado de Lima (ou Januário Machado de Lima), Raphael Mezza, Antônio Nunes das Pedras, Adalberto Azambuja dos Santos, João Keenan e Thomaz Gonçalves da Silva contra a Companhia Estrada de Ferro e Minas de São Jerônimo – CEFMSJ (BRASIL, 1934a). O caso se originou em uma das instalações da CEFMSJ, no distrito de Arroio dos Ratos, município de São

Jerônimo/RS, quando alguns empregados haviam sido expulsos pela polícia local por tramarem uma greve e serem considerados indesejáveis.

Na petição inicial, os empregados narravam que as demissões foram injustas, visto não terem cometido faltas graves que justificassem a reação da empresa e em função da violação dos procedimentos legais para demissão³, presentes no art. 53, do Decreto nº 20.465, de 1º de outubro de 1931, que exigia a instauração de inquérito administrativo para apurar a existência de falta grave de empregados com mais de dez anos prestados a uma mesma empresa. Embora reconhecessem que Antônio e Adalberto não eram estáveis, “a injustiça de tal ato não deixa de ser chocante, para qualquer pessoa, que se preze de ter um pouco de sentimento de justiça para com o seu semelhante”. Acrescentaram que todos os possíveis meios amigáveis e pacíficos foram empregados pelos trabalhadores visando reverter a demissão, mas não obtiveram resultados. Buscando a reintegração dos trabalhadores, o sindicato requereu a intervenção do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio – MTIC.

Designado o conselheiro Manoel Tibúrcio da Silva⁴ como relator do processo, a reclamação foi apreciada em 16 de novembro de 1934. Em relatório, informou aos demais membros que o processo era de

empregados que foram dispensados pela empresa e recorreram então ao juiz distrital, apresentando testemunhas que atestaram terem alguns mais de 10 anos de serviço. A empresa não se fez representar. Também não teria, tanto é verdade que procurava o Inspetor Regional deste Conselho. O inspetor notificou a empresa sobre o inquérito e a empresa mandou simplesmente um memorando que vou ler, para mostrar o menosprezo da empresa: (lido)⁵. A empresa nem sequer quis provar o que alegou. Podia juntar certidão da autoridade estadual. Ainda diz mais: (lido). Temos aqui 4 com mais de 10 anos de serviço, sendo um com 40 anos. Agora eu pergunto se a empresa andou certa não fazendo inquérito administrativo, como era de obrigação? Se os empregados foram demitidos como mau elemento, nada mais fácil que provar no inquérito administrativo. Entretanto, a empresa não cogitou, não a interessava, o que para mim importa como má-fé. Aqui estão os depoimentos das testemunhas que declaram como companheiro há mais de 10 anos,

³ O Decreto nº 22.096, de 16 de novembro de 1932, estendeu aos serviços de mineração o regime das Caixas de Aposentadoria e Pensão e outros dispositivos de proteção social e previdenciária aos trabalhadores (Decreto nº 20.465, de 1º de outubro de 1931, alterado em 24 de fevereiro de 1932).

⁴ Foi conselheiro do CNT, representante dos empregados. Tomou posse em 21 de setembro de 1934 e exonerou-se em 22 de dezembro de 1938 (Fonte: registro Fundo CNTTST, Brasília/DF).

⁵ O memorando em referência é o ofício de fl. 3, encaminhado pela empresa ao inspetor do CNT, oferecendo informações sobre as demissões dos reclamantes, reproduzido anteriormente.

não haver falta nenhuma, nem ainda terem ouvido sequer falar mal dos companheiros. A procuradoria dá o seguinte parecer: (lido) (BRASIL, 1934b, p. 1-2).

Após a apresentação do parecer da procuradoria, que pugnava pela conversão do julgamento em diligência, iniciaram-se as discussões entre os membros do conselho. O voto do relator, em discordância com a procuradoria, era para que todos os empregados estáveis fossem reintegrados, “tanto mais havendo o erro da empresa por não ter feito inquérito administrativo [...]”, destacava Manoel Tibúrcio. Em entendimento diverso, o conselheiro Gualter Ferreira informara que

não teria dúvida em concordar com o relator se nisto tivesse sido citada a empresa. É uma situação muito difícil para nós; pode até afetar nosso prestígio. Por isso que acho também que é caso de converter o julgamento em diligência, como opina a Procuradoria para que ela mande o inquérito administrativo, que ela tenha feito. A diligência deve ser para que a empresa mande o inquérito administrativo procedido, e até dê ofício desta gente. Ai é que vamos conhecer o tempo de serviço de cada um (BRASIL, 1934b, p. 2).

Com a matéria em debate, o conselheiro Irineu Malagueta também acompanhou a opinião de Gualter Ferreira, tendo o relator destacado que já compreendia que seu voto não seria acompanhado pelos demais membros, que provavelmente acompanhariam a procuradoria, “mas, por uma convicção proletária minha, eu acho que a empresa errou, e como errou de início foi até o fim. De modo que o meu voto tem que ser assim, julgando procedente a reclamação”. Diante do resultado, por dois votos contra um, o conselho converteu o julgamento em diligência para que a empresa enviasse o inquérito administrativo, folha de antecedentes e tempo de serviço dos operários.

Em 11 de dezembro de 1934, a CEFMSJ apresentou uma petição em que buscava embargar a decisão que converteu o julgamento em diligência. Amparada por opinião jurídica do consultor da empresa, o delegado diretor da companhia apresentou novos argumentos, indicando a impossibilidade de enviar o inquérito administrativo para apurar falta grave por entender que tal medida somente se aplicaria a empresas que tivessem demitido empregados estáveis, conforme nova disposição do art. 2o do Decreto nº 22.096, de 16 de novembro de 1932⁶. Para a empresa, o afastamento dos trabalhadores não ocorreu pela demissão, mas, sim, pela prisão efetuada pela polícia, o que, em seu

⁶ O decreto estendia aos serviços de mineração, em geral, as disposições do Decreto nº 20.465, de 1 de outubro de 1931, com as modificações constantes do de nº 21.081 de 24 de fevereiro de 1932, prevenindo as CAPs e a estabilidade decenal aos empregados.

entendimento, não ensejava a obrigação de instaurar inquérito administrativo. Sobre o assunto, a empresa manifestava que:

De fato, nenhuma demissão foi lavrada ou dada aos reclamantes por esta empresa, tendo eles em sua maior parte, sido privados de trabalhar pela polícia local, em consequência de prisão por ela efetuada, devido à denúncia recebida de estarem tramando uma greve geral entre os mineiros, denúncia, aliás, a que a Direção desta empresa foi completamente estranha. Afastados, assim, do serviço, por motivo, não de demissão, que não houve, mas de prisão efetuada pela polícia, é claro que a nenhum inquérito administrativo estava obrigada a empresa a qual, diante do inopinado afastamento, forçado, dos reclamantes, não podia deixar de logo dar-lhes substituto, conforme fez, em legítimo resguardo dos interesses da mesma que lhe incumbe precipuamente zelar (BRASIL, 1934a, p. 40).

Em decorrência desse argumento, caracterizando o “abandono de emprego forçado”, a companhia pretendeu contornar eventuais prejuízos causados aos reclamantes utilizando o disposto no art. 171 da nova Constituição, em vigor desde 16 de julho de 1934, que previa ser de responsabilidade do funcionário público indenizar, em solidariedade com o Estado e municípios, situações que, por negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos⁷, viessem a causar prejuízos a terceiros. Ao utilizar esse dispositivo, a companhia pretendia afirmar que, uma vez comprovada posteriormente a “injustiça da prisão”, o responsável direto pelos prejuízos causados, decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de suas funções deveria ser acionado judicialmente – nesse caso, a polícia e não a empresa, cuja obrigação de readmitir os empregados e pagar-lhes salários não procederia, visto não ter contribuído para a privação a que foram sujeitos. Assim, a empresa utilizava o argumento da culpa de terceiro como exclusão de eventual responsabilidade para ressarcir os prejuízos causados aos empregados. Remetendo, novamente, aos dispositivos da Constituição de 1934, a empresa afirmava que essa obrigação só seria possível se houvesse lei que determinasse tal ressarcimento, pois conforme o art. 113, parágrafo 2º da Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei”.

Em 5 de fevereiro de 1935, a procuradoria apresentou novo parecer sobre o caso Domingos Mantilha e outros. Refutando os argumentos da empresa, compreendeu que “desde que forçado pela polícia, deixava de se caracterizar o abandono de emprego

⁷ No original, a empresa grifou o termo.

pelos reclamantes e ainda apurada a improcedência da denúncia, cabia à companhia readmiti-los em seu serviço, uma vez que não se verificavam as hipóteses do art. 53 dos decretos n. 20.465 e 21.081”.

O sindicato também se manifestou sobre documento fornecido pelo delegado de polícia, apontando que o comparecimento dos operários junto à delegacia não foi espontâneo, pois foram forçados diante das acusações que haviam surgido. Acrescentou, ainda, a própria informação da empresa, segundo a qual os operários foram expulsos das minas em razão de uma acusação [grevistas e comunistas] que se verificou infundada.

A ação da polícia, bem como sua vinculação aos administradores da Estrada de Ferro e Minas, passou a ser questionada apenas a partir desse momento pelo sindicato. Às fls. 73 e seguintes dos autos, há uma acusação formal de que o delegado José Maria de Carvalho “era autoridade truculenta, perseguidor sistemático de operários a soldo das companhias de mineração”.

Em 19 de maio de 1936, a procuradoria lançou aos autos um parecer conclusivo para o deslinde do feito. Considerando as conclusões da empresa como ilógicas, o parecer apontou que a simples prisão pela polícia, mesmo sob efeito de processo de investigação instaurado perante a autoridade policial, não era suficiente para confirmação de falta grave, uma vez que esta deveria ser provada em inquérito administrativo, nos termos do art. 53 do Decreto nº 20.465, de 1º de outubro de 1931, cumulado com o Decreto nº 22.096, de 16 de novembro de 1932.

Ao acrescentar que “o sofisma não colhe, nem convence”, a procuradoria apontou a ausência de um critério de julgamento por parte da companhia: “se se tratasse de um processo criminal regular, ainda se poderia firmar um critério de julgamento, mas nunca num ato policial, tomado como medida imediata e urgente de manutenção da ordem pública, e de cuja consequência resultou justamente provada nenhuma culpa dos acusados”.

Em 2 de junho de 1936, o CNT decidiu que “à vista dos elementos constantes dos autos, fica[va] evidenciado que os empregados reclamantes, por terem tramado uma greve geral entre os mineiros, foram expulsos do serviço da mina pela polícia, que os prendeu para averiguação e processo criminal posterior”. Ao considerar improcedente a argumentação da CEFMSJ de que não lhe cabia promover inquérito administrativo

devido à prisão efetuada pela polícia, e por se tratar de prisão que não resultou em condenação criminal, o CNT entendeu que era dever da empresa proceder à abertura de inquérito para apurar falta grave eventualmente cometida por empregados estáveis. Nesses termos, o conselho determinou: i) o pagamento das indenizações que teriam direito Domingos Mantilha; ii) a reintegração de Thomaz e Raphael, com pagamento de indenizações salariais pelo tempo que ficaram privados do trabalho; iii) a rejeição do pedido de Adalberto e Antônio, devido à ausência de provas do tempo de serviço superior a dez anos, necessários para configurar estabilidade profissional; iv) rejeição do pedido de Liberalino ou Januário, por serem imprecisas os documentos juntados aos autos para provar que se tratava da mesma pessoa, e mesmo se fosse acolhida, por não cumprir os dez anos de trabalho necessários para a estabilidade decenal; e v) em relação a João Keenan, a conversão do julgamento em diligência, na qual se exigia da empresa informações sobre a comprovação do tempo de serviço do empregado.

Apenas em 06 de setembro de 1938, a 3ª Câmara do CNT acolheu o pedido de João Keenan e determinou sua reintegração. Informado sobre a decisão, em 29 de dezembro de 1938, a companhia comunicou o falecimento de João Keenan, ocorrido em 14 de janeiro de 1938.

8.4 *CASO THE GREAT WESTERN OF BRAZIL RAILWAY COMPANY LIMITED, 1936 (RECIFE-PE)*

Em 21 de janeiro de 1936, a companhia The Great Western of Brazil Railway Co. Ltd. pugnava ao CNT a homologação de um inquérito administrativo que apurou falta grave do funcionário ferroviário Godofredo Severiano de Britto, que na opinião da empresa era um conhecido extremista (BRASIL, 1936). O superintendente da companhia havia instaurado o inquérito contra Godofredo e outros ferroviários no dia 06 de dezembro de 1935, em decorrência do levante comunista ocorrido em Recife-PE, entre os dias 24 a 26 de novembro. Segundo consta, Godofredo era considerado por seus superiores como um indivíduo de mau procedimento, detido pela polícia e processado como comunista militante e que incorreu em falta grave de insubordinação quando teria comparecido no recinto da Estrada de Ferro armado com um fuzil, fazendo discursos na plataforma da Estação de Jaboatão e incitando os ferroviários a pegarem em armas.

O inquérito foi cuidadosamente instruído pela equipe da companhia: engenheiro Emmanuel Nazareno da Silva, Sub-inspector da 3a Divisão (Presidente), Henrique de Mattos Moreira Sobrinho, Escriturário de 2a Classe da 1a Divisão (Vice-presidente) e de Cyrillo Rodrigues da Silva, Escrevente da 1a Divisão (Secretário). Entre interrogatório pessoal dos acusados e de oitiva de testemunhas, Godofredo reiterou que a acusação era infundada, uma vez que o acusado permaneceu em sua residência em todos os três dias do levante extremista, não tendo pego em armas, nem provocando desordens ou induzindo operários ou empregados de espécie alguma a fazê-los, e muito menos lançando mão de material da estrada de ferro para fins revolucionários. Acrescentou que mesmo que tivesse participado do levante extremista, tal participação, caso ficasse provada, constituiria tão somente crime político, punido pela Lei de Segurança Nacional e não fato grave ou justa causa para a sua demissão.

No relatório, a comissão registrou que no dia 24 de novembro de 1935 ocorreu um movimento subversivo, orientado por proceres da ideologia comunista e que na Estação de Jaboatão, próxima à residência de 80 operários da companhia, os que comungavam da mesma ideologia “ou influenciados pelas promessas dos amotinados, [...] vários desses operários se identificaram com a massa dos rebeldes, e se armaram, e de armas em mão se levaram contra os poderes constituídos, em prol do estabelecimento de suas ideias e planos” (BRASIL, 1936, p. 39). Registraram que o sindicato dos ferroviários se tornou o quartel das operações militares, [...] e era onde se faziam o recrutamento regional dos rebeldes e a distribuição de armas àqueles que eram trazidos para as hostes comunistas” (BRASIL, 1936, p. 39). Em diálogo com os depoimentos, a comissão entendeu que Godofredo havia cometido falta grave “por estar armado de fuzil dentro das oficinas da Estrada, ao lado de homens que, igualmente armados, haviam penetrado naquele recinto sem a devida autorização; que havia feito um discurso sublevando os seus companheiros operários a pegarem em armas contra o governo e demais poderes constituídos da Nação; que, finalmente, perfilhou e propagou uma revolta de homens que impediram a circulação dos trens, que violaram recintos privados da Estada, que interromperam o trabalho quotidiano dos ferroviários, isto é, que fizeram paralizar durante três dias as atividades de todo um Distrito da Empresa a que ele, ferroviário, acusado, pertencia. Não há como negar, portanto, que a insubordinação acima caracterizada, é uma grave insubordinação, [...]”.

No CNT, uma das primeiras informações era que o acusado havia sido demitido da companhia mediante autorização do próprio Ministro do Trabalho, com fundamento no art. 23 da Lei n. 136, de 14 de dezembro de 1935. O despacho autorizando a demissão ocorreu em 07 de março de 1936 e foi publicada pela imprensa. O caso foi considerado prejudicado pelos conselheiros do CNT e, posteriormente, arquivado.

A seguir, passa-se a expor uma análise que tem como ponto de partida dois movimentos distintos, mas interligados: o espaço de constitucionalização de direitos na década de 1930 e os espaços de ajuste e resistência a implementação desses direitos.

8.5 OS DIREITOS SOCIAIS ENTRE AS CONSTITUIÇÕES DE 1934 E 1937

O desenvolvimento do processo de constitucionalização dos direitos sociais na Era Vargas não pode ser compreendido apenas com as experiências do pós-Revolução de 1930. Por outro lado, não se nega que as principais regulações no mundo do trabalho ocorreram nesse período e, nesse aspecto, muitas narrativas sobre esse legado trabalhista produzido por Vargas acabou por não incluir o papel dos trabalhadores em um projeto de identidade operária que se forjava desde a Primeira República.

Gomes (2005) pode ser considerada uma das principais autoras que se dedicou a contradizer esse tipo de narrativa tão presente na historiografia dos direitos sociais. Para a autora, é preciso romper com a ideia de que havia um Estado com super poderes que atuava sobre uma tábula rasa, e que, por essa razão, articulou um pacto político com a classe trabalhadora. A presença do Estado nesse período trouxe à tona, de fato, um novo contexto discursivo, principalmente ligado ao termo que Vianna (1936, p. 31) denominou como “ideologia da outorga”, mas não se pode apagar a memória da “palavra” dos trabalhadores, arduamente estruturada na Primeira República.

Recentemente, algumas pesquisas em nível de mestrado e doutorado têm se dedicado às memórias das classes trabalhadoras, realizando verdadeiros contrapontos à clássica afirmação de que, no Brasil, os trabalhadores eram impotentes e incapazes de reivindicar direitos para si. Em destaque, podemos registrar a dissertação de mestrado de Guerra (2012), *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: a construção do constitucionalismo brasileiro na Primeira República e minha tese de doutorado, defendida em*

2016, intitulada *Nos rastros de um processo: trabalho, conflito e uma experiência de micro-história*.

Após esses apontamentos iniciais, é necessário registrar o processo de modernização implementado pelo governo provisório de Getúlio Vargas não pode ser compreendido sem a participação das diferentes classes que compunham o multifacetado arranjo institucional criado no pós-1930.

Como registra Cepêda (2010, p. 199),

Somava-se ainda a este imbróglcio, o agravamento das tensões inerentes ao processo de modernização econômica e política e o surgimento de um quadro de convulsão e conflito nunca antes presenciado na história nacional. Não eram apenas as oligarquias que se movimentavam, pela inclusão no pacto de poder ou reversão deste ao seu anterior controle; era uma variação de atores e frações que emergiam no bojo da modernização em curso, disputando espaço e representação. Novos interesses ligados ao capital – setor mercado externo (agrário-exportador) versus setor mercado interno (industrial e diversificado); disputas entre os vários segmentos do capital comercial, industrial; latifúndio agro-exportador versus minifúndio voltado ao abastecimento do mercado interno em expansão. Do lado do trabalho, cenário igual se reproduzia já que os trabalhadores eram incorporados a processos muito desiguais de contratação e remuneração, além de estarem ligados a um ou outro dos setores produtivos acima apontados. Ainda são importantes no período os setores urbanos de classe média, o funcionalismo público, as profissões liberais, afora as desigualdades regionais.

A legislação social brasileira implementada nos primeiros anos da década de 1930 estava inserida em um contexto de crise, muitas vezes representada pela posição não-hegemônica da burguesia urbana e industrial e da classe operária. Esse é um ponto de destaque, pois ao jogarmos luz sobre as discussões políticas e econômicas que fomentavam um modelo de regulação trabalhista, o custo social do trabalhador era um tema caro ao governo e aos atores ligados aos interesses do capital.

Nos debates da Assembleia Nacional Constituinte, instituída em novembro de 1933 e encerrada em julho de 1934, foi possível destacar as constantes disputas entre os atores (representativos do fluxo capital x trabalho) sobre o movimento de constitucionalização dos direitos trabalhistas já consagrados pelos decretos de Vargas que regulamentavam profissões e direitos trabalhistas (CABRAL, 2010). Embora seja possível registrar que as principais propostas de regulação foram acolhidas pelos constituintes sem alterações

significativas se comparadas com a proposta original do governo⁸, a ideia de direitos do trabalho não deixou de ser considerada uma interferência direta nas condições de reprodução do sistema econômico e da ordem política e social do período.

Os três casos apresentados acima são representativos desses movimentos de ajuste dos empregadores às normas trabalhistas criadas, mas também, são representativas dos movimentos de resistência à nova ordem constitucional. Ao lado dessas questões, há uma transformação significativa na forma como os trabalhadores foram incorporados dentro da ideologia do trabalhismo brasileiro que também pode ser destacada. No espectro constitucional, a regulação trabalhista alcançou um processo evolutivo de destaque, principalmente com a incorporação do ator político trabalhador nas esferas de tomada de decisão (um exemplo notório foi a representação classista e as constantes reformulações no âmbito do Conselho Nacional do Trabalho). Tanto as constituições de 1934 quanto a de 1937 possuem um extenso rol de direitos trabalhistas. No entanto, há uma mudança na configuração institucional pelo controle do Estado no período constitucional (1934-1935/37). Gomes (1979) identifica que essa alteração institucional foi completamente distinta:

a que marcou o governo provisório que vai de 1930 a 1934 e que é basicamente um período em que o Executivo legisla sem entraves, estando suspensas as Assembleias Federal, Estaduais e Municipais e os canais políticos de representação partidária; e a do Governo Constitucional que, encerrando-se formalmente em 1937, desde 1935 já prenunciava uma situação excepcional de amplos poderes para o Executivo.

Essa nova configuração institucional teve impacto na forma como os direitos trabalhistas eram implementados por todo o país? Retomar as narrativas de ajuste e resistência às novas normas trabalhistas pode ser um bom caminho para identificarmos uma chave de leitura que auxilie refletir os direitos sociais dentro da história constitucional brasileira.

Entre os possíveis olhares retrospectivos sobre a história institucional de um país, é possível concordar que “os regimes e sistemas políticos, sobretudo em tempos de mutação, são afetados por dinâmicas históricas e sociais que os preparam e antecedem”

⁸ A Assembleia Nacional Constituinte de 1933 teve uma peculiaridade interessante. Após a chamada de eleições gerais para a constituinte, o governo provisório designou uma comissão de notáveis para criar um anteprojeto constitucional a ser apresentado aos constituintes para subsidiar os trabalhos constitucionais. O projeto ficou conhecido como Anteprojeto Constitucional da Subcomissão do Itamarati. Em linhas gerais, as principais diretrizes do governo Vargas foram incorporadas neste documento. Para maiores detalhes, ver: CABRAL (2010).

(LESSA, 2002, p. 509. Os acontecimentos que tiveram lugar no Brasil entre as décadas de 1920 e 1930 podem ser bem exemplificativos das transformações experimentadas na relação entre política, direito e constituição, que de certa forma, se relacionam com a atuação do CNT.

Resgatar a história do CNT é mais do que traçar um registro cronológico de sua reação às fontes do direito produzidas ou ainda sobre a história das leis. Como esclarece Hespanha (1982, p. 20):

[...] quem quiser fazer a história das instituições jurídicas tal como a vida real as conhece [...] tem que se preocupar, sobretudo, com os resultados da prática jurídica concreta, com essa massa de fenômenos jurídicos todos os dias repetidos (contratos, sentenças, decisões administrativas, pareceres doutrinários e forenses, intervenções parlamentares, etc.). São eles de fato, mais do que os textos das leis ou as obras de ponta da ciência jurídica a medula das instituições jurídicas concretas, o corpo do direito vivido. É a este nível que se manifesta uma série de traços institucionais que, ao nível legislativo, passam despercebidos.

Embora o CNT não possuísse uma natureza de instituição jurídica, suas ações exerceram resultados jurídicos práticos na vida de inúmeros trabalhadores e empresas. Dentro de um movimento mais amplo, concretizado em espaços da política e do direito que se remodelavam, compreender a história do CNT torna-se relevante, principalmente, por permitir os limites e as possibilidades de composição de conflitos entre trabalho e capital no universo de seus julgamentos.

O CNT foi criado pelo decreto n. 16.027, de 30 de abril de 1923 e se constituiu como órgão consultivo dos poderes públicos em assuntos de organização do trabalho e da previdência social. Isento, inicialmente, de funções contenciosas no âmbito trabalhista e previdenciário, o CNT era vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, cuja missão era se dedicar a estudos sobre o trabalho nas indústrias, sistemas de remuneração do trabalho, contratos coletivos de trabalho, conciliação e arbitragem (prevenção e resolução de conflitos), trabalho de menores e mulheres, aprendizagem, ensino técnico, acidentes de trabalho e seguros sociais⁹, Caixa de Aposentadorias e Pensões de ferroviários – CAP¹⁰, instituições de crédito popular e caixas de crédito agrícola. Seus

⁹ Os seguros sociais eram regulamentados pelo decreto n. 14.786, de 28 de abril de 1921. Com o CNT, a Comissão Consultiva de Seguros contra acidentes do trabalho foi dissolvida, passando as suas atribuições ao conselho.

¹⁰ No campo previdenciário, uma das principais leis do período corresponde ao decreto n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecida como Lei Elói Chaves, responsável pela determinação de criação de Caixas de Aposentadoria e Pensões para todos os funcionários de empresas de Estradas de Ferro.

conselheiros eram indicados de forma paritária entre representantes de empregados e empregadores. Em decorrência da Lei Elói Chaves, em 24 de janeiro de 1923, que organizou o sistema previdenciário dos trabalhadores das estradas de ferro com a criação das CAPs, havia a necessidade de se instituir um órgão responsável pela fiscalização e controle das caixas e este trabalho coube ao CNT.

Com o processo de desenvolvimento das relações trabalhistas, o CNT foi se transformando na principal instituição de fiscalização das leis trabalhistas e dos conflitos existentes entre empregados e empregadores. O percurso judicializante foi sendo trilhado em duas grandes reformas administrativas ocorridas em 1928 e outra, mais profunda, poucos dias antes da promulgação da Constituição de 1934, em 16 de julho.

No primeiro ciclo do governo Vargas, o CNT se tornou órgão vinculado ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com forte atuação na arbitragem de conflitos entre capital e trabalho, principalmente após as criações das juntas de conciliação e arbitragem e as comissões mistas de conciliação, a quem caberia julgar seus recursos. Na verdade, poucos são os trabalhos sobre o CNT e seu papel no desenvolvimento da ideologia do trabalhismo.

Desde sua criação, em 1923, até sua incorporação às estruturas da Justiça do Trabalho, instituída em 1941, com sua transformação em Tribunal Superior do Trabalho, o CNT julgou mais de 50 mil reclamações trabalhistas. Desta forma, produziu milhares de jurisprudências e orientações para a institucionalização de um procedimento comum às práticas trabalhistas. No fundo de arquivo do CNT-TST existem 972 processos digitalizados que conservam a memória deste período e os três casos que embasam esta conferência estão abrigados nesse fundo.

Os casos foram autuados no CNT em três momentos bem diversos sobre a experiência trabalhista brasileira e correspondem a momentos constitucionais de transformação política. O caso de Carlos Alberto, reconhecimento como revolucionário, teve curso dois meses após o início da Revolução de 1930. O caso de Domingos Mantilha e outros, em Arroio dos Ratos, iniciou-se dois meses após a promulgação da Constituição de 1934 e o caso Godofredo Britto, veio à tona em decorrência da Intentona Comunista, em 1935, período em que a Lei de Segurança Nacional, de abril de 1935, que já havia

suspendido grande parte da Constituição de 1934, foi alterada pela Lei n. 136, de 14 de dezembro de 1935, radicalizando as ações do Estado autoritário frente a sociedade civil.

Um processo administrativo ou judicial pode representar a história de sofrimento de uma pessoa, mas ao mesmo tempo, também pode ser um indicador de determinações sociais, jurídicas e econômicas de grande importância para o historiador do direito. Quais indicadores poderíamos extrair dos três casos? Acredito que podemos avançar sob duas perspectivas. A primeira, relaciona-se ao impacto que o CNT causou nas relações de conflito entre empregados e empregadores. O simples fato de haver um órgão administrativo com competência para impor ou rever uma decisão estabelecida no ambiente de trabalho pelo empregador produz um efeito inédito, capaz de integrar essas decisões sobre demissão sem ou com justa causa dentro de “regras de direito”. Nessa dinâmica há a incorporação de uma linguagem jurídica que exige um outro tipo de justificação moral para seus argumentos e ações, ao mesmo tempo em que define “locais de direito”, como seus próprios locais de trabalho e os integram dentro do sistema jurídico. O que ocorrem no local de trabalho passa a ter interesse pelo sistema jurídico, seja para repelir eventuais abusos, seja para requalificar o que pode ou não ser considerado falta grave apta a justificar uma demissão. No entanto, os casos também podem exteriorizar um segundo indicador relevante: o de demonstrar, pela textualidade gerada pelos processos trabalhistas, os ajustes ou resistências de empregados e empregadores de se submeterem às novas regras constitucionais.

Assim, o que há de comum nos três casos? Se avançarmos sobre os indícios deixados nos autos, é possível registrar que nas três situações há uma narrativa que encontra na polícia um ponto de partida e chegada. Era comum polícia e empregadores associarem a militância política com greve, desordem, e num nível de experiência-limite, de perigo à sociedade e quebra de hierarquia. No primeiro caso, a militância política de Carlos Alberto foi utilizada como efeito de resistência a uma eventual perseguição política. Os usos argumentativos do caso não eram comuns, mas o contexto político pode ter-lhe favorecido, principalmente, por conseguir registrar o movimento de mudança social que se impunha com as promessas da Revolução. No âmbito do CNT, os conselheiros que tomaram parte na decisão de seguir o parecer do procurador geral eram os mesmos desde 1928 (última reforma do CNT). Não seria a simples declaração de se revolucionário que causaria alterações significativas nos precedentes seguidos pelo conselho. No en-

tanto, se o uso político do argumento “ser revolucionário” foi levado em consideração, o argumento jurídico de que era servidor estável e que a Companhia Brasileira de Portos não instaurou o inquérito administrativo para apurar falta grave também se fez presente.

A presença do CNT nas relações de trabalho acabava por evidenciar que, na experiência constitucional brasileira, dava-se início a um deslocamento parcial dos sistemas de controle e vigilância sobre a força de trabalho – que, primeiramente, eram organizados por empregadores nos próprios locais de trabalho e depois passavam para um órgão estatal, como o CNT – que empodera, para usar um termo da moda –, um conjunto amplo de trabalhadores que poderiam usar diversas estratégias para adquirir medidas substanciais de controle sobre situações que, formalmente, não possuíam. Era nesse espaço de experiência que há uma extensão aos direitos de cidadania (especialmente aos direitos sociais), justamente em um momento em que o que se evidenciava era um déficit de cidadania e uma crise da democracia.

O segundo caso também é exemplificativo neste contexto. Na mina de carvão em Arroio dos Ratos, alguns empregados foram expulsos pela polícia local por terem sido acusados de tramarem uma greve geral entre os mineiros. A greve pode ser uma chave de leitura interessante. Paixão (2015), ao analisar três casos especiais de greves em Campinas (1917), São Luís (1951) e Volta Redonda (1988), sugeriu “a existência de uma premissa: existe, na prática das forças militares e policiais, uma forte construção de sentido que indica a greve como um comportamento a ser reprimido”.

De certo modo, a reclamação trabalhista promovida pelos mineiros retrata um momento em que as linguagens do direito e da política radicalizam-se. A institucionalização de novos direitos voltados aos trabalhadores e a ritualização representada pelo processo geram uma textualidade que refletia os desafios da época. Mas como compreendê-los?

O conflito trabalhista que deu origem à reclamação agregou três situações diversas que não eram inicialmente conexas entre si. Diante dessas circunstâncias, os argumentos da companhia para justificar ou não as demissões foram lançadas nos autos com vistas a explorar os limites que as razões jurídicas e políticas emprestavam ao caso.

O argumento da greve, mais uma vez, pode ser levantado como chave interpretativa. A greve foi utilizada naquele contexto como um veículo para definir os locais do direito. A persistência de associar, mesmo que indiretamente, a militância política dos mineiros

a um movimento ilegal, assim como o fato de os mineiros terem sido classificados como indesejáveis pela autoridade policial local que os expulsou das minas, revela esse caráter exploratório que tenciona identificar tal argumento às regras de direito. Contudo, não o faz na perspectiva do direito propriamente dito, mas, sim, na forma de uma negação de direitos, criminalizando o movimento.

Essa perspectiva assumida atinge tanto o sistema do direito quanto o da política, em especial no que se refere ao tema direito de greve. Em relação aos direitos do trabalho, o direito de greve foi duramente disputado pelos constituintes na Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934, inclusive, com substitutivos que permitiam o direito de greve pacífica realizado por empregados sindicalizados¹¹. A companhia usou o exercício da greve vinculando-o diretamente a um abuso de direito, considerado como instrumento de ataque contra o capital. No âmbito do CNT, por sua vez, a questão da greve teve outro desdobramento relevante: a exploração dos limites políticos do conselho em relação ao direito posto.

Embora essa estratégia não tenha persistido por longo tempo, sua utilização pela companhia não deixa de ser reveladora. Como referência a esse argumento, retoma-se o posicionamento de conselheiro Gualter Ferreira, por ocasião da primeira sessão de apreciação da reclamação trabalhista, ocorrida em 16 de novembro de 1934. Naquele momento, reagindo ao argumento do relator Manoel Tibúrcio – que solicitava a reintegração de todos os trabalhadores estáveis uma vez que havia a indicação de que a companhia os havia demitido sem a instauração de inquérito administrativo para apurar falta grave –, mesmo sem a indicação de que a empresa havia sido citada para responder ao processo, Ferreira afirmava ser uma situação muito difícil para os conselheiros, podendo até afetar o prestígio de seus membros.

O prestígio a que se referia Ferreira relacionava-se à própria condição administrativa do conselho que, vinculada ao MTIC, poderia sofrer repreensões políticas, para além da necessidade de promover decisões que se vinculassem às regras do direito. No entanto, a exposição do relator também era circunscrita à mesma alegação de violações de direito, mas às praticadas pela companhia:

¹¹ A expressa permissão ao direito de greve não resistiu às pressões e deixou de ser incluído no texto constitucional de 1934.

Temos aqui 4 com mais de 10 anos de serviço, sendo um com 40 anos. Agora eu pergunto se a empresa andou certa não fazendo inquérito administrativo, como era de obrigação? Se os empregados foram demitidos como mau elemento, nada mais fácil que provar no inquérito administrativo. Entretanto, a empresa não cogitou, não a interessava, o que para mim importa como má-fé (BRASIL, 1934b, p. 1-2)¹².

O argumento da companhia, de que não seria obrigada a instaurar inquérito administrativo por não ter demitido os quatro trabalhadores que foram expulsos pela polícia, não foi acolhido pelos conselheiros do CNT. Mesmo assim, a opção de não o instaurar acabou prevalecendo. Na prática, diante da circularidade das regras jurídicas levantadas, até mesmo o argumento de abandono de emprego relativo aos demais trabalhadores reclamantes trouxe à tona a resistência da companhia em não se vincular à ordem constitucional.

Nesse aspecto, o posicionamento do CNT em relação ao caso produziu um silêncio constitucional interessante. As tentativas de enquadrar a companhia dentro das regras constitucionais eram eminentemente complexas e permissivas. As reiteradas solicitações de cumprimento de suas decisões ou ainda pedidos de remessa do inquérito não realizado pela companhia podem ser citadas como exemplo. Por mais que as decisões de mérito tenham determinado a reintegração dos empregados estáveis, as decisões políticas do CNT deixaram de apreciar argumentos e situações que exteriorizavam uma natureza muito mais complexa que integrava o conflito. Por alguma razão, a partir do momento que o CNT se limitou a verificar a estabilidade ou não dos mineiros, acabou por ignorar situações de abuso de direito por parte da companhia que afetavam direitos constitucionais dos trabalhadores.

O último caso, vinculado aos eventos da Intentona Comunista, impõe uma experiência-limite e de profunda radicalização da política e do direito. Em meio ao pêndulo confronto/compromisso que marcou o governo provisório de Vargas, a atuação do Ministro do Trabalho Agamenon Magalhães foi enfática ao criar os “sindicatos de carimbo”, eleger os membros da bancada dos representantes classistas e, assim, influenciar nos assuntos sindicais e trabalhistas do país¹³. Enquanto isso, muitos sindicatos, sob

¹² Ata da sessão de julgamento do processo nº 9.852/1934, em 16 de novembro de 1934. Relator Manoel Tibúrcio.

¹³ A seguir, apresenta-se uma síntese do período a partir de um fragmento de texto deste autor em coautoria com FRANÇA (2016).

orientação de lideranças de esquerda, tinham suas sedes destruídas e seus membros submetidos a espancamentos e prisões devido a intervenção da força policial. Com as ações populares organizadas pela ANL (Aliança Nacional Libertadora), aumentou-se a repressão vinda do Ministério do Trabalho em articulação com a Força Policial, o que culminou no afastamento e na liquidação das lideranças sindicais de esquerda. Esta tensão entre as forças em disputa no período produziu condições fecundas à elaboração de um projeto político que visava criar o problema da segurança nacional. Este projeto político afirmava a ameaça comunista e elaborava, por conseguinte, a solução com o Plano Cohen produzido pelas Forças Armadas que o apresentava como sendo responsável pela sublevação comunista iminente que, em tese, ameaçava a ordem política nacional.

O CNT exerceu um importante papel nesse processo. Em muitas reclamações, mesmo reconhecendo a ausência de violação à lei trabalhista, o CNT acabava submetendo o processo ao Ministro do Trabalho, para que este pudesse decidir em instância recursal de suas próprias decisões. Desde a lei de segurança nacional de 1935, que já criminalizava as ações de reivindicações de trabalhadores grevistas, a reforma de 14 de dezembro de 1935, com a Lei n. 136, dispunha no art. 23 que: “os empregados de empresas particulares, inclusive os das concessionárias de serviços públicos e dos institutos de crédito, que se filiarem clandestinamente ou ostensivamente a centros, juntas ou partidos proibidos na lei n. 38 [Lei de Segurança Nacional], ou praticarem qualquer crime na referida lei ou nesta definido, poderão, mediante apuração devida do alegado pelo MTIC, e com sua autorização, ser dispensados dos seus serviços, independentemente de qualquer indenização”. Após esse expediente, muitos pedidos de homologação de inquéritos administrativos que apuraram faltas graves de empregados de diversas empresas deixaram de ser apreciados no CNT, uma vez as demissões eram homologadas diretamente no Ministério do Trabalho.

O projeto político em questão fora elaborado tendo em vista o encaminhamento do golpe de 1937, que marcou um período de implacável repressão estatal e policial que tornara impossível a manutenção de qualquer tipo de resistência dos setores de esquerda da classe trabalhadora. Nesse projeto, o direito de greve exerceu um relevante ponto de inflexão para uma melhor compreensão entre a relação Estado-sociedade. Embora o

direito de greve tenha sido criminalizado pelo Estado Novo, considerado pelos agentes de Estado como uma medida antissocial, as restrições ao exercício daquele direito já eram observadas desde o início do governo provisório de Vargas. Mesmo que ausente na Constituição de 1934, o direito à greve já estava “criminalizado” desde a promulgação da Lei de Segurança Nacional de 1935, radicalizando-se a partir da intentona comunista de novembro do mesmo ano.

No bojo desta nova situação política marcada pela necessidade de reorientação nos rumos do Estado Novo, que o projeto “trabalhista” passou a ser difundido e implementado. Paulatinamente, o Estado se apropriaria dos elementos-chave da autoimagem dos trabalhadores construída ao longo da Primeira República, ressignificando essa “palavra operária” em outro contexto com a ideologia trabalhista.

8.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os três casos foram processados pelo Conselho Nacional do Trabalho e desencadeados por contextos distintos, mas que guardam entre si uma narrativa em que polícia, greve e militância política fizeram-se presentes.

Dos casos em análise, qual contribuição podemos extrair para a história constitucional? Mesmo não os explicitando textualmente, os processos em análise desvelaram aspectos constitucionais que possuíam valor próprio. A resistência manifestada pelos trabalhadores, ao pleitear acesso à justiça, por exemplo, envolvia uma série de direitos reais que não estavam apenas catalogados, mas à disposição para serem implementados.

Em cada movimento dos trabalhadores, ações dos sindicatos, polícia, Ministério do Trabalho e das companhias, foi possível observar a reprodução de diversas estruturas que sempre eram capazes de produzir algo novo. Estratégias de linguagem, violência, ameaças, punições, prisão, entre outras situações, entraram em cena e compuseram o enredo de realidades sobrepostas e que margeavam os processos.

Nessas estruturas, foi possível identificar a imposição de certas regras, que, até certo ponto, não deixavam de ser coercitivas. No entanto, essas regras proporcionavam contrapartidas de recursos que poderiam ser utilizados para fins de contestação e, com isso, revelavam também ser recursos capacitadores. Em grande parte, essas estruturas eram regidas por mecanismos de vigilância e controle que não refletiam apenas o poder

de monitoramento de um grupo sobre outro, mas estabeleciam restrições aos “locais de direito”.

A médio e longo prazo, o CNT contribuiu e criou, ao determinar que as partes envolvidas nos processos exteriorizassem seus argumentos sob mediação de regras jurídicas, um espaço de institucionalização para os novos direitos – não no sentido de direitos como catálogos, mas do direito de poder defender direitos a partir de uma ritualização que produz texto, proporciona a produção de provas e obtém convencimento.

Durante muito tempo, o alcance administrativo das autoridades do Estado deixou praticamente intocadas as regras sobre o mundo do trabalho. Experiências como essas, além de nos auxiliar a uma maior compreensão sobre as ações de ajustes e resistências ao novo sistema de direito, produz novas interpretações sobre o legado dos direitos sociais sob a perspectiva da história constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Processo de Carlos Alberto de Moraes Rego em face a Companhia Brasileira de Portos. Brasília: Fundo CNT-TST, 1930. 130p. (Série Dissídios, Cx. 01, Maço 08).

_____. Processo de Domingos Mantilha e outros em face da Companhia Estrada de Ferro e Minas de São Jerônimo. Brasília: Fundo CNT-TST, 1934a. 195p. (Série Dissídios, Cx. 27, Maço 01).

_____. Processo de The Great Western of Brazil Railway Co. Ltd. em face de Godofredo Severiano de Britto. Brasília: CNT-TST, 1936. 89p. (Série Dissídios, Cx. 55, Maço 04).

_____. Sessões de Julgamentos do Conselho Nacional do Trabalho. Ano 1934, Ata da 6a Sessão da 2a Câmara do CNT. Rio de Janeiro: CNT, 1934b.

CABRAL, R. L. Constituição e sociedade: uma análise sobre a (re)formulação na arquitetura do Estado-Nação na Assembleia Nacional Constituinte de 1933. 2010. 224 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2010.

_____. Nos rastros de um processo: trabalho, conflito e uma experiência de micro-história. 2016. 169 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

CEPÊDA, V. A. Contexto político e a crítica à democracia liberal: a proposta de representação classista na Constituinte de 1934. In: MOTA, C. G.; SALINAS, N. S. C. Os juristas na formação do estado-nação brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, P. Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

FRANÇA, C. E.; CABRAL, R. L. Direitos sociais e identidade operária: o poder da ideologia trabalhista no governo de Getúlio Vargas (Brasil, 1930-45). Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 11, n. 2, p. 634-653, 2016.

GOMES, A. M. de C. A invenção do trabalhismo. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

_____. Burguesia e trabalho: política e legislação social no Brasil 1917-1937. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

GUERRA, M. P. S. L. Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: a construção do constitucionalismo brasileiro na Primeira República. 2012. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

HESPANHA, A. M. História das instituições: época medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

LESSA, R. Modos de fazer uma República: demiurgia e invenção institucional na tradição republicana brasileira. *Análise social*, Lisboa, v. 204, n. XLVII (3.), p. 508-531, 2012.

PAIXÃO, C. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucária: Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, Madri, ano 13, n. 26, p. 146-169, 2011.

_____. História do Direito no Brasil Republicano: a greve como chave de leitura. In: SIQUEIRA, G. S.; FONSECA, R. M. (Org.). História do direito privado: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

VIANNA, L. W. Liberalismo e sindicato no Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

Capítulo 9

INTERDISCIPLINARIDADES NO DIREITO DE FAMÍLIA: APONTAMENTOS SOBRE FEMINISMO E GÊNERO

Cláudia Elisabeth Pozzi¹

9.1 INTRODUÇÃO

Ao se estudar as interdisciplinaridades do direito de família sob o crivo do feminismo e das teorias de gênero, pretende-se dar ênfase aos desafios epistemológicos em se desafiar o direito como ciência do século XIX, um sistema da modernidade. Isto é, tomo por princípio a pluralidade de instâncias produtoras de normas jurídicas em contraposição à tendência fundada no positivismo e na exclusividade do Estado na produção de normas jurídicas (ARNAUD, 1998a).

O pluralismo é uma concepção provinda de outros campos científicos, nomeadamente da filosofia, e que tem ganhado peso na teoria jurídica dos últimos anos². A questão plural integra o pensamento contemporâneo e faz que o direito repense suas raízes ao discutir a premissa da monocentralidade da produção das normas jurídicas em relação à dimensão social do direito e à policentralidade da produção de normas por setores especializados (familiar, social, político, cultural, científico etc).

O direito não se reduz ao Estado e à lei positivada, e a família não se reduz à heteronormatividade, por ser o mundo do direito, como bem acentuado por Foucault (2003), representativo de um campo disciplinar exclusivo em que a sexualidade encontra-se associada ao casamento e à família. O casamento permite a proteção dos cônjuges e naturaliza a complementaridade natural dos sexos enquanto verdade atemporal das relações de afeto e reprodutivas que perpetua desigualdades de gênero na família e na sociedade.

Estendendo esses pressupostos teóricos para o espaço familiar, o primado biológico da filiação foi a argamassa do vínculo filial e a complementaridade natural entre os

¹ Pesquisadora do Grupo de Estudos Novos Direitos, do Departamento de Ciências Ambientais da Universidade Federal de São Carlos – UFS-Car, participante do Grupo de Pesquisa de Direito Civil-Constitucional Virada de Cópernico, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Doutoranda em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC e Professora de Direito do Centro Universitário Central Paulista.

² Para Arnaud (1988), o conceito sociológico de pluralismo jurídico interliga-se com a concepção sociológica de fontes do direito e remete à ideia de que junto ao direito estatal coexistem, com independência, outros sistemas jurídicos, harmoniosamente ou em conflito.

sexos a do vínculo conjugal no caldo de cultura patriarcal ocidental³ sobre o qual as relações de parentesco e a parentalidade têm se sustentado juridicamente, reforçando uma lógica a-histórica talhada na natureza.

Compreender o direito de família impõe a necessidade de conjugar essas tendências com novos modos de se pensar o direito, especialmente no que se refere aos modelos jurídicos de família tradicional e à transição do direito tradicional para uma “ecologia de saberes” com o feminismo e outras ciências, no sentido de aclarar os mecanismos de que o direito dispõe, no microcosmo da disciplina jurídica da família, para refrear ou integrar os avanços da perspectiva feminista e de gênero (autonomia/heteronomia) no sentido de uma maior ou menor “politização” do campo jurídico (BOURDIEU, 2004).

9.2 A PERMEABILIDADE DO CAMPO CIENTÍFICO DO DIREITO

Identificar as influências e permeabilidade do direito de família em relação a outros campos científicos e, aqui, especificamente, do feminismo⁴, assinala um “des-pensar” do direito dentro do que Boaventura de Souza Santos compreende por transição paradigmática, na medida em que o ultrapassa ou transpõe as fronteiras de uma ciência calcada na modernidade e que tem por limites sua dinâmica interna de centralidade da produção de normas jurídicas por parte do Estado.

Contextualizar historicamente suas normas, defrontar sua verdade com outras verdades, admitir o pluralismo jurídico, são pistas para um direito que repensa suas raízes e se reconstrói na contemporaneidade (SANTOS, 2001).

Não são incomuns estudos que apontem essa reflexibilidade do direito diante da sociedade e das demais ciências, como o caso das perícias genéticas em que o isomorfismo entre os postulados jurídicos da verdade parental (biológica) são reforçados pela racionalidade científica (MACHADO et al, 2010) e, paradoxalmente, ultrapassados (parentalidade socioafetiva).

³ Parafraseando Saffioti (2001) que sustenta: “Se é verdade que a ordem patriarcal de gênero não opera sozinha, é também verdade que ela constitui o caldo de cultura no qual tem lugar a violência de gênero, a argamassa que edifica desigualdades várias, inclusive entre homens e mulheres”.

⁴ Para o feminismo como um campo epistemológico, ver, por todos, Scavone (2008).

Os postulados positivistas da autonomia intrínseca ao direito e de sua pureza em assumir um status de ciência e se diferenciar das demais ciências sociais por poder reger e disciplinar a sociedade é ainda uma realidade para o direito, que se preocupa mais com a sua própria criação, sua dinâmica interna, do que com os fatos sociais (BARBOZA, 2009). Em confronto a esse pensamento, dá-se o direito em diálogo com o social.

A crítica ao positivismo e ao direito da modernidade é fortemente notada nas teorias jurídicas contemporâneas, quebrando a neutralidade histórica do direito (GROSSI, 2008) e o monopólio do Estado na produção de normas jurídicas (ARNAUD, 1998b), com a defesa da interdisciplinaridade (FACHIN, 2000), solidariedade e afetividade nas relações intersubjetivas (SASSAREGO, 1995), da flexibilidade do direito diante do social (CARBONNIER, 2001) e, ainda, de dever ser inclusivo da multiplicidade das situações concretas da vida (RODOTÀ, 2006).

Novas epistemologias do direito privado vêm a construir outros modos de se conceber o espaço doméstico e familiar, estruturado na rede de parentesco e no casamento, fortemente guiadas, no Brasil, pelos teóricos que defendem o diálogo com o social e a constitucionalização do direito civil. Consagradas são as palavras do jurista Gomes (1984, p. 74), que sustenta, nos anos 80, a pluralidade de convivência nas famílias e a politização do espaço privado, em que

A intervenção do juiz na vida da família, quando alcança relações essenciais, fere a autonomia do grupo, desacredita o seu valor comunitário e, como disse um escritor, burocratiza uma relação que se reencontra numa dimensão que a dispensa. Abrindo uma brecha na intimidade doméstica parece ser, no entanto, uma prática necessária no processo de politização da família, especialmente em relação ao seu governo, que, de monocrático, passou a ser diárquico. Outra alternativa não se tem para a solução dos conflitos de interesses quando a família deixou de ser uma unidade para se tornar uma pluralidade de convivência.

Ou ainda, mais tarde, de Tepedino (1997, p. 58) a defender a hermenêutica axiológica e constitucionalizada do direito privado:

A Constituição Federal, centro reunificador do Direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e da perda de centralidade do Código Civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores.

Tais posturas críticas implicam em redimensionar o privado junto a outras fontes normativas (sociais) e aos direitos fundamentais (PERLINGIERI, 1997; TEPEDINO,

1997; SARLET, 2006), reposicionando os dispositivos da ordem privada norteada pela ordem público-constitucional. E a Constituição de 1988 coloca para a família os direitos básicos ligados à cidadania e à subjetividade: as entidades familiares formadas fora do casamento (família monoparental e união estável) (§ 3º, art. 226), a igualdade expressa entre homem e mulher (§ 5º, art. 226), a igualdade de todos os filhos havidos ou não no casamento (§ 6º, art. 227), a proteção da família e mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (§ 8º, art. 226).

Contudo, há que se questionar: em um campo científico em que a autorreferibilidade é a marca mais profunda do modo em que o direito se organiza no mundo e dita suas regras, poderia significar uma despolitização do feminismo quando seus temas são regulados? A autonomia do campo científico do direito baliza o modo pelo qual esta disciplina reconhece os sujeitos de direitos, ou ainda, como produz interdições e um discurso de verdades (FOUCAULT, 1999; 2005) que tende a perder suas referências externas, as lutas pelos direitos – e aqui, especificamente a luta pelos direitos das mulheres, desde o direito ao sufrágio universal até a questão dos direitos reprodutivos, sociais e humanos –, e as exclusões criadas por normas que ao garantir a igualdade formal (“todos são iguais perante a lei”) tornam invisíveis as desigualdades de gênero no âmbito público e privado.

A tendência de o direito obliterar sua historicidade e politização acaba por reforçar as linhas abissais de exclusão e diferenças sociais incluindo-se aqui as de gênero, além de cingir os espaços epistemológicos de outros conhecimentos que possam efetivamente contribuir para a ideia de um direito mais emancipatório que regulatório (SANTOS, 1999).

9.3 INTERFERÊNCIAS FEMINISTAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Nas últimas décadas as perspectivas dos estudos de gênero e feministas têm-se apresentado como campo de estudos em destaque no direito brasileiro. É verdade que alguns trabalhos já remontam às primeiras décadas do século XX, abordando as desigualdades jurídicas da mulher nos espaços da família e da sociedade em muito associadas ao feminismo de primeira onda (PERROT, 2007), sem, contudo, apresentarem uma crítica mais profunda ao direito visto de dentro, por seus próprios mecanismos, como instrumento

de garantia de desigualdades entre o homem e a mulher na sociedade (PINTO, 2003). Temas como a incapacidade relativa da mulher casada para o exercício profissional e negócios jurídicos (RÁO, 1922; OLIVEIRA, 1932; SOUZA NETO, 1932), direito ao voto (NAZARIO, 1932) e direitos da mulher na sociedade (ALVIM, 1934) surgem dentre a produção científico-jurídica.

Entre o Estatuto da Mulher Casada, de 1962 e na Lei do Divórcio, de 1977, já é perceptível uma mudança nas relações de gênero na família. Esta última, revoga a incapacidade relativa da mulher após o casamento e a coloca, quanto aos “encargos da família”, como “colaboradora” do marido, “chefe da sociedade conjugal”. Espelhando mudanças sociais, os denominados “bens reservados da mulher”, produto incomunicável advindo da “atividade profissional lucrativa” permitida à mulher casada.

A partir dos anos 80, diante de um feminismo de “segunda geração” afinado às lutas e movimentos sociais contextualizado num panorama jurídico mais diversificado, vem à cena a questão da mulher e seus direitos fundamentais. Em crítica às estruturas hierárquicas da família, grande parte da discussão jurídica mais atual sobre a igualdade⁵ integra em seu corpo a teoria dos direitos humanos fundamentais e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta época, dentre os tratados e convenções de direitos humanos que mais influenciaram o direito de família, sobressai-se a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, 1981), pelo Decreto n. 89.460/1984, que motivou na literatura jurídica a discussão da paridade e igualdade das mulheres como temas de relevância para o direito, principalmente em contraponto à legislação privada vigente, a do Código Civil de 1916. E, nos anos 90, as Conferências Mundiais da ONU – sobre Direitos Humanos (Viena-1993), População e Desenvolvimento (Cairo- 1994) e Mulher, Igualdade, Desenvolvimento e Paz (Beijing – 1995) – e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Belém do Pará – 1994), da Organização dos Estados Americanos – OEA.

Desde os anos 90, há uma imensidade de estudos jurídicos sobre a evolução histórica dos direitos da mulher (PIMENTEL, 1978), sua condição jurídica e direitos fundamentais aparecem em vários ramos do direito, a exemplo das relações de trabalho (HA-

⁵ Sobre o viés da violência contra a mulher, ver: Santos e Izumino (2005).

CKER, 1987; FERNANDES, 1988; CARDONE, 1988; LIMA, 1988; CARVALHO, 1989) e do direito penal com ênfase nos crimes sexuais praticados contra as mulheres nas práticas judiciais (ARDAILLON; DEBERT, 1987). Começam a despontar obras que evidenciam a desigualdade de tratamento da mulher no ordenamento jurídico brasileiro, nas relações de conjugalidade e filiação (VERUCCI, 1999; TABAK; VERUCCI, 1994), com a defesa da pluralidade de discursos no direito (PIMENTEL; GIORGI; PIOVESAN, 1993), discriminação negativa (TELES, 2006a, 2006b), cidadania de gênero (SANTOS; IZUMINO, 2005) e da crítica à violência contra a mulher, violência de gênero e à hierarquia entre os sexos (AZEVEDO, 1985).

Neste contexto, a pressão dos movimentos de mulheres junto aos constituintes de 1988 é de fato um momento notável na história das relações entre o direito e o feminismo, com implicações diretas da politização da militância no Brasil. O Lobby do “Bloco do Batom” e a campanha “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher” fizeram-se presentes na “Carta das Mulheres aos Constituintes”. Quase 80% dos temas ali tratados foram transformados em norma constitucional e passaram a integrar o processo de redemocratização do Brasil (TELES, 1993; PINTO, 2003; COSTA, 2005; SCAVONE, 2010), sendo que até hoje, passados quase trinta anos, têm importantes reflexos no campo de aplicação do direito infraconstitucional, em cenário de luta pela ampliação do pluralismo e igualdade nas famílias.

Fortes embates que encontram os mais variáveis níveis de resistência no direito. Entre defensores e algozes, entretanto, o fato de a lei existir não significa uma garantia de como será efetivada, aplicada. Teóricos e aplicadores do direito muitas vezes colidem em suas posições e discursos, e o Judiciário torna-se palco ideológico que reflete as tensões entre permanências e descontinuidades dos padrões heteronormativos (BUTLER, 2003) da família.

Em análise às interferências feministas no campo privado conduzem a refletir três movimentos no direito civil sob o impacto do feminismo⁶, enquanto tendências de um direito de família contemporâneo que se reestrutura diante das demandas da sociedade. Representam brechas de um reposicionamento mais profundo – epistemológico – em

⁶ Pesquisa de Pós-Doutoramento intitulada “O feminismo mudou o direito?”, realizada junto ao Departamento de Sociologia da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, Campus Araraquara, entre os anos de 2009 a 2012, em que recebi apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo – FAPESP.

tensão com o modelo heteronormativo e ao habitus (BOURDIEU, 2004) do campo jurídico.

O primeiro diz respeito à igualdade na família, havida com a Constituição de 1988, às entidades familiares (casamento, união estável e monoparentais), ao equilíbrio de poderes entre o homem e a mulher e ao status filial atribuído aos filhos havidos fora do casamento, em muito ligados ao que se convencionou denominar por feminismo de segunda onda.

Produto de uma época, o texto constitucional resulta da politização do espaço familiar, uma conquista histórica de cidadania das mulheres e de reconhecimento da luta pela igualdade de direitos na família que passam a integrar o ordenamento brasileiro aliado aos instrumentos internacionais de direitos humanos das mulheres e das crianças.

A politização do pessoal adentra numa esfera fundamental da família em que o feminismo da igualdade e os direitos das mulheres como direitos humanos tornam-se presentes no direito, zelando pela não discriminação e exclusão.

Há um isomorfismo entre os discursos internos e externos ao direito, ligados à igualdade. Entretanto, aos poucos, essa politização perde suas extensões – visibilidade – no campo jurídico, que se utiliza de instrumentos próprios enquanto prática discursiva dotada de autonomia. Tal situação é demonstrável pelo fato de, à exceção da homoafetividade, o tratamento da conjugalidade e parentalidade não se pautarem, em geral, em referências aos estudos feministas, inclusive àquelas relativas à mobilização política junto aos constituintes, nos anos 80.

Com efeito, a historicidade da participação e a teorização feminista à época da constituinte são tendencialmente obliteradas pela força do discurso civil-constitucional sobre a família, o princípio da dignidade humana e do melhor interesse das crianças e adolescentes, desde os anos 90 no Brasil, por uma disposição natural do campo em universalizar a igualdade e a neutralizar os movimentos ligados à politização do privado: a família patriarcal simbolicamente se rompe com a igualdade formal de direitos entre os seus membros.

A questão do parentesco e da parentalidade é exemplar para esclarecer esse ponto onde não se percebe a presença de análises feministas relativamente aos laços consanguíneos do parentesco, tema caro ao feminismo.

Paradoxalmente, a igualdade jurídica no espaço privado não esmorece as tensões e o poder dos espaços privado e público em hierarquizar a relação entre os sexos, com consequências nas estruturas familiares no que se refere à preponderância da guarda de filhos pela mãe e aos casos de violência doméstica contra mulheres, adolescentes e meninas. A lei é uma bandeira, uma questão de cidadania e de exercício de direitos, um importante passo para a emancipação, mas, muitas vezes, ineficaz diante do todo social, da cultura polissecular e das desigualdades econômicas.

Mais recentemente, um segundo momento de interferência do feminismo no direito percebe-se na questão da efetividade dos direitos humanos das mulheres, gays, lésbicas e transgêneros, que tem sido questionada como uma questão de ofensa aos direitos fundamentais, ao direito à diversidade e à cidadania destes grupos.

Na construção do discurso jurídico num segundo nível de conexão com as teorias feministas, não basta ter a igualdade, há que se fazer valer a proteção desta igualdade, dar efetividade e amplitude social às normas, com fundamento no reconhecimento jurídico das diferenças e das hierarquias heteronormativas do espaço público e privado.

A Lei Maria da Penha é o símbolo que rege este segundo momento e sofre suas mazelas: a tensão permanente entre o habitus do campo (com valores próprios) e novas posturas teóricas do direito, transformadoras do social.

O terceiro movimento liga-se ao pluralismo de subjetividades e à fragmentação dos sujeitos universalmente ligados ao par sexual homem e mulher, nas famílias, guardando maiores afinidades com o feminismo de terceira onda. Significativa dedicação de os juristas atuais em tratar a homoafetividade como união reconhecível pelo direito de família. Este ponto cria uma ruptura mais profunda na família patriarcal, por permitir ressignificar o mundo doméstico, conquanto o direito não perca de vista os modelos tradicionais de família pautados no par conjugal, no par parental e nas relações de parentesco consanguíneas.

De outra parte, a presença da teoria feminista direta ou indiretamente nas manifestações do direito mostra-se como efeito de uma teoria jurídica que repensa suas fontes internas e se abre para a relação com o social, com a realidade, como um produto de seu tempo: uma ciência coeva à contemporaneidade. Estruturalmente, o direito se refaz na contemporaneidade, repensa seus fundamentos e absorve conhecimentos (exterior)

sem perder suas características internas em regular, disciplinar e jogar dentro do lugar regrado, identificável da heteronormatividade, como apontado por Derrida (2007).

Não se pode dizer que o direito de família de hoje iguale-se ao de quatro décadas atrás, muito mudou e caminhou. O positivismo jurídico cede cada vez mais espaço a outros projetos científicos que representam uma transição para o pluralismo e a diversidade quando se volta para a realidade. Mas, qual realidade o direito olha? Com que partes do social dialoga?

Cada direito reconhecido é uma conquista pessoal e social, como uma questão de dignidade e cidadania dentro de contextos democráticos. Contextos democráticos que guardam perfis políticos de atuação dos governos junto ao cenário internacional em que o país ratifica tratados e toma posições anti-discriminatórias e de inclusão social, enquanto questões que estão fortemente associadas a padrões de cidadania e democracia do mundo ocidental. Cada direito reconhecido é também integrado a um sistema com regras próprias, coercitivas e disciplinares, tendencialmente heteronormativas na concepção do par conjugal (hetero ou homossexual) e do par parental (hetero ou homossexual). São ambiguidades presentes e paradoxos perceptíveis à teoria feminista desde a integração dos direitos civis e políticos na pauta do feminismo.

Scott (1998, p. 11) traz esse paradoxo presente na cidadania das mulheres: o lugar da luta pelos direitos, um lugar já previamente regrado e excludente, isto é, a necessidade de afirmar e de refutar a “diferença sexual”, num jogo entre as verdades: “A verdade da natureza foi apresentada como fundamento ontológico da lei e da política social, ainda que na realidade seja o efeito destas leis e destas políticas”.

Varikas (1996, p. 5-6) em “O pessoal é político: desventuras de uma promessa subversiva”, faz menção a essas ambiguidades, noutra prisma, da “revolução dos costumes conjugais” no espaço doméstico (oikos) desde Olympe de Gouges traz consigo uma “antinomia inextrincável” e “polissemia de origem”, significando um produto de ação humana e relação de forças. A “feminilidade” neste espaço, perde a força política já que o doméstico importa em domesticação das paixões e da devoção materna. Mas, também, seguindo a interpretação hegeliana de Antígona, o pessoal guarda consigo o sentido de um “inimigo interior” já que o feminino “tende a perverter o universal em

particular, o interesse público em interesse de tal ou qual indivíduo”, problemática que é, para a autora, o ponto de partida do feminismo contemporâneo.

A luta pelo direito ou o gênero no direito traz consigo estas raízes paradoxais e inextrincáveis. A cidadania das mulheres na busca de direitos sociais, direitos de paridade representativa, direitos à não-discriminação no ambiente de trabalho, bem como a democratização do espaço doméstico fazem parte destes contextos também presentes na contemporaneidade, nos traços heteronormativos do direito e no habitus do campo jurídico.

O papel emancipatório do direito exige novas posturas epistemológicas e de saberes interligados, mas, pode-se dizer que na atualidade é indiscutível a importância e o lugar que a problemática de gênero ocupa no direito contemporâneo. Quer pelas históricas lutas, quer pelas inferências de um campo epistemológico que estuda criticamente as famílias, parentalidades e subjetividades, quer pelas teorias sobre desigualdade, diferença, diversidade, pluralismo e reconhecimento numa era de globalização e interculturalismo.

O gênero no direito faz-se presente em novos cursos de pós-graduação e núcleos de pesquisa – a exemplo do Núcleo de Estudos em Pesquisas sobre Gênero e Direito ligado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba e sua publicação Revista Gênero & Direito e o Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar sobre Mulheres, Gênero e Feminismo da Universidade Federal da Bahia – além de seminários e congressos promovidos recentemente pelos cursos de direito envolvendo a construção da disciplina Direito Feminista no Brasil.

É o caso da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no evento 2º Encontro sobre Direito Feminista “Equidade de Gênero e Autonomia Individual”, havido em 2010. E, embora não integre disciplinas dos cursos de pós-graduação em direito, é próximo o caminho a ser tomado, como defende Maria Amélia de Almeida Teles em Os cursos de direito e a perspectiva de gênero (2006) e Tereza Pizarro Beleza em Direito das mulheres e da igualdade social: a construção jurídica das relações de gênero (2010)⁷ ou ainda, as construções interdisciplinares propostas pelos estudos veiculados em periódicos dedicados ao feminismo e direito, como o Australian Feminist Law

⁷ É de se observar que nos cinco cursos de pós-graduação em direito com nota 6 de avaliação da CAPES, embora se possa verificar uma tendência interdisciplinar, principalmente voltadas para direitos humanos, sociologia jurídica, filosofia do direito, bioética, psicologia e biodireito, não há nenhuma disciplina específica envolvendo gênero e direito, fato que acaba por influenciar indiretamente a produção acadêmica de teses e dissertações.

Journal, da Universidade de Griffith, Austrália e o *Feminist Legal Studies*, da Faculdade de Direito de Kent, Inglaterra.

9.4 A QUESTÃO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

No campo das conjugalidades dois enfrentamentos destacam-se no cenário jurídico: o casamento homoafetivo e a equiparação casamento e união estável, que se estruturaram juridicamente a partir de uma interpretação constitucional sobre a esfera do privado para a efetividade da igualdade.

9.4.1 A UNIÃO ENTRE GAYS E LÉSBICAS

O reconhecimento jurídico das uniões entre gays e lésbicas – e as implicações no campo da filiação, alimentos, guarda dos filhos e sucessões – suscitam polêmicas e divergências interpretativas da lei, sendo o eixo pelo qual a discussão de sexismo, direitos humanos e família fortemente se articulam. Isto porque o texto constitucional, ao regular a entidade familiar, trouxe explicitamente a circunstância de ser uma união entre “homem e mulher”, dividindo a hermenêutica entre a exclusividade ou não da heterossexualidade como padrão familiar.

Nas uniões homossexuais, o reconhecimento de sociedade de fato – forma de concubinato que não se confunde com entidade familiar – em que se protege o patrimônio amealhado na constância da sociedade, pela participação direta ou indireta de cada um dos sócios⁸ constituía o fundamento das decisões judiciais de fins dos anos 80 e perderam até muito recentemente no direito como uma das correntes mais tradicionais em se compreender juridicamente a união homossexual (AZEVEDO, 2000, p. 141-160), conferindo-lhe, então, contornos jurídicos na ordem meramente patrimonial.

É de se notar que o Projeto de Lei n. 1.151-A, de 1995, de autoria da então deputada Marta Suplicy sobre a parceria civil, não previa para esses casais a tipificação familiar como união estável e, por conseguinte, a extensão de regime de bens, prestação de alimentos, adoção de filhos, guarda e direitos sucessórios. Tão polêmico projeto, produto

⁸ STF Súmula nº 380, de 03.04.1964. “Comprovação - Existência de Sociedade de Fato - Cabimento - Dissolução Judicial - Partilha do Patrimônio Adquirido pelo Esforço Comum. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

de seu tempo, somente pretendia resguardar os direitos de ordem patrimonial, após contrato celebrado por instrumento público e registrado no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. Na justificativa do substitutivo, publicada no Diário da Câmara dos Deputados em 21/01/1997, vale a pena reproduzir:

O projeto de lei que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo vem regulamentar, através do direito, uma situação que, há muito, já existe de fato. E, o que de fato existe, de direito não pode ser negado. A criação deste novo instituto legal é plenamente compatível com o nosso ordenamento jurídico, tanto no que se refere a seus aspectos formais quanto de conteúdo. É instituto que guarda perfeita harmonia com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – constitucionalmente garantidos – de construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV CF). A figura da união civil entre pessoas do mesmo sexo não se confunde com o instituto do casamento, regulamentado pelo Código Civil brasileiro, nem com a união estável, prevista no § 3º, do art. 226 da Constituição Federal. É mais uma relação entre particulares que, por sua relevância e especificidade, merece a proteção do Estado e do Direito (BRASIL, 1997, p. 01822).

Mas, a concepção atual das famílias pauta-se na afetividade, no cuidado e na solidariedade, numa linha interpretativa que vem paulatinamente sendo construída pelo direito brasileiro desde os anos 80 (FACHIN, 1996), com objetivo de conferir aplicação do princípio constitucional de dignidade da pessoa humana às pessoas de mesmo sexo que queiram formar uma entidade familiar.

Nas tensões entre correntes jurisprudenciais que se abriam no Brasil desde os anos 80, a orientação teórica que sustenta a incidência de uma cláusula geral exclusiva apresenta-se como a posição mais consolidada, sustentada no “fato de o constituinte originário ter restringido, de forma expressa, a união estável unicamente entre homem e mulher, tendo sido categórico no sentido de inadmitir a família homoafetiva” (WELTER, 2008).

Linha interpretativa que reforçava a noção de autorreferência e autonomia do direito frente à realidade circundante, além de trazer ao campo jurídico uma situação de inadequação da legislação frente ao social, estruturado a partir de uma dinâmica interna que segmenta os poderes de legislar, de julgar e de julgar, e estanca em seu funcionamento a incidência dos direitos fundamentais no âmbito da família.

Aqui é de se lembrar, em contraponto, as ações programáticas da Secretaria Especial de Direitos Humanos (BRASIL, 2009), que, dentre outras, postula pelas “políticas afirmativas e de promoção de uma cultura de respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero, favorecendo a visibilidade e o reconhecimento social”, pelo apoio a “projeto de lei que disponha sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo”, pelas recomendações ao Judiciário para a “realização de campanhas de sensibilização de juízes para evitar preconceitos em processos de adoção por casais homoafetivos” e igualmente ao Legislativo para que elabore “projeto de lei que garanta o direito de adoção”, pelo reconhecimento por parte do serviço público de “todas as configurações familiares constituídas por lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), com base na desconstrução da heteronormatividade”.

Em contraponto, a orientação teórica da dignidade da pessoa humana aplicável às relações privadas e familiares estende-se, inclusive, numa atuação do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM desde 2001 presentes nas discussões sobre o direito de família junto ao Estado e à sociedade civil, inclusive no encaminhamento de propostas para projetos de lei, como a do “Estatuto das Famílias” (Projeto de Lei na Câmara n. 2285/2007), em que se prevê a união entre pessoas do mesmo sexo (artigo 68), denominada “união homoafetiva”, em que se faz a defesa de um ordenamento jurídico lacunoso que deveria ser preenchido por uma interpretação sistêmica do texto constitucional e da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à união de pessoas do mesmo sexo, ou seja, interpretado no âmbito da ciência do direito.

As relações⁹ entre homossexuais ganham, com isso, figurino de família, não somente guiadas pela solidariedade, afetividade e assistência mútua (TORRES, 2008), mas normatizadas e padronizadas tomando-se por espelho o casamento: par conjugal (hetero ou homossexual), com deveres e obrigações de fidelidade e lealdade – exclusividade da relação –, com a possibilidade de ter filhos (adotados ou por meio das tecnologias reprodutivas), numa parentalidade assemelhada à bilinear.

Objetivando pôr fim ao embate e fundamentada em princípios constitucionais da dignidade, igualdade, não discriminação, liberdade e segurança jurídica, a Ação Direta

⁹ O Conselho Federal de Medicina editou uma nova resolução sobre reprodução assistida (Resolução n. 2121/2015), colocando como pacientes das técnicas de RA todas as pessoas capazes, resolvendo a questão da aplicação a solteiros e casais homossexuais.

de Inconstitucionalidade (ADI 4277, antiga ADPF 178, apensada à ADPF 132) proposta pela Procuradoria Geral da República em 2009 para reinterpretação do artigo 1.723 do Código Civil o reconhecimento de sua incidência também sobre a união pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, formada com o objetivo de constituição de família.

Na qualidade de *amicus curiae* várias entidades passam a integrar a ação, representando o caleidoscópio das tensões presentes na sociedade brasileira, polarizadas entre o direito fundamental à orientação familiar e à constituição de família e o recorte heteronormativo da conjugalidade no caldo de cultura brasileira. A prática de admissão de *amicus curiae* e de audiências públicas para assuntos de relevância para a sociedade brasileira tem sido adotada em casos polêmicos, como o sobre a pesquisa em células tronco embrionárias (ADI 3510) e os acerca da autorização de aborto para o caso de anencefalia fetal (ADPF 54) e, agora, da aplicação/interpretação do artigo 1.723 do Código Civil, com a participação, nesta última, da Conectas Direitos Humanos, ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais); a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família); a Associação Eduardo Banks; e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB.

O produto final deste embate rumou para a horizontalidade dos direitos humanos na esfera do casamento: onde se lê “homem e mulher” leia-se também “homem e homem” e “mulher e mulher”, sendo o tratamento constitucional da família uma categoria “sócio-cultural” destituída de “significado ortodoxo”, em que prevalecem “relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias de gênero humano”.

Vale destacar o seguinte excerto da decisão:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1319703. ADI 4.277 / DF DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALIS-

MO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (BRASIL, 2015)

A decisão proferida em 2011 cinde paradigmas epistemológicos da heteronormatividade estatal que deitam suas raízes no liberalismo ao postular a liberdade e a igualdade como princípios universais e neutros para indivíduos abstratos. Neste contexto, a concepção clássica da família guarda por fundamento os espaços ocupados pela mulher e pelo homem na esfera doméstica e os contornos paradoxais da suposta neutralidade da igualdade legal invisibiliza a instrumentalização jurídica da exclusão da mulher, que não repousa numa contradição aos ideais universalistas, mas sim em justaposição fundada na natureza e na biologia da mulher (SCOTT, 1998).

No campo jurídico, o discurso e a prática das diferenças entre os sexos sustentam-se ontologicamente num determinismo biológico de bicategorização e antagonismo entre o homem e a mulher – masculino e feminino, público e privado, razão e sensibilidade, provedor e provida, dominação e exclusão, sujeito e assujeitamento, universal e particular, autonomia e heteronomia –, que esconde o construído psicológica, social, jurídica e culturalmente acerca dos papéis sexuais e familiares (VARIKAS, 2006).

Mas esses modos de se conceber o direito têm sofrido – e isto, num campo epistemológico mais amplo – um processo de transição paradigmática (SANTOS, 2001) em

que a neutralidade, a autonomia e a universalidade vêm sendo aos poucos repensadas. A abertura e influências de campos disciplinares é representativa dessa transição, bem como a discussão do pluralismo no direito.

O julgamento da ADI 4277 inclusive regulamenta os procedimentos para reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo ou de sexos diferentes havidos no estrangeiro, pela Instrução Normativa n. 126/2011.

Entretanto, no âmbito dos registros estaduais, a disciplina deste reconhecimento deu-se em graus e conteúdos variados nos tribunais estaduais ao editarem as normas de corregedorias relativas à situação. Em São Paulo e demais estados, antes da decisão do STF, as partes que quisessem garantir direitos de cidadania podiam realizar escritura pública de união estável nos Tabelionatos de Notas do Estado de São Paulo. Nada obstante este documento valer entre as partes que o confeccionaram, não criava reconhecimento público, denominado erga omnes, por falta de registro que o habilitasse para tal efeito. Mas, mesmo após a decisão, remanesceram diferentes determinações registrais no Brasil. A exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, desde o ano de 2004, há Provimento n. 06/04 – CGJ/RS, do Tribunal de Justiça autorizando o registro das escrituras em Registro de Títulos e Documentos. Em Minas Gerais, a regulamentação pode ser consultada no Provimento n. 223/CGJ/2011, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais (CGJ), de 15.12. 2011, disciplinando a feitura da escritura pública e o registro nos Títulos e Documentos. Em São Paulo, o primeiro casamento entre pessoa do mesmo sexo ocorreu na cidade de Jacareí, logo após a decisão e mesmo do Provimento nº 41/2012 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, que modificou o Capítulo XVII, do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, introduzindo o casamento ou conversão da união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo, seguida pela Resolução nº 175 de 14/05/2013.

9.4.2 UNIAO ESTÁVEL: UMA DIFÍCIL EQUIPARAÇÃO?

A predominância da família heterossexual e nuclear constituída pelo casamento foi o figurino da família no direito civil até os anos 90, quando se permitiu, juridicamente, reconhecer como entidade familiar as uniões entre homem e mulher sem casamento civil, denominadas por união estável (art. 226, § 3º, CF, Lei n. 8.971/1994 e Lei n. 9.278/1996).

Nos manuais de direito de família destes anos, os comentários sobre a legislação civil frente ao texto constitucional dão o tônus de um novo direito que se alinha. Caio Mário da Silva Pereira defendia que a Constituição de 1988 merecia atenção por três pontos relevantes: “entidade familiar”, planejamento da família e assistência direta à família”, e por entidade familiar entendia uma forma de disciplinar o concubinato para facilitar o reconhecimento dos filhos (PEREIRA, 2001, p. 25-26).

Na mesma época, a Justiça comungava com esse raciocínio, ou seja, a hierarquia do casamento frente à união estável. Dizia-se: “Aí está: união estável somente é aquela que possa desaguar no casamento. Apenas aquela que potencialmente se transforme em casamento” (SÃO PAULO, 1998), refundindo a tão proclamada diferença entre casamento e concubinato, ainda hoje insculpido no Código Civil como uma não-família.

O II Congresso Brasileiro de Direito de Família, organizado pela OAB de Minas Gerais e pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Belo Horizonte, havido em 1999, lançou no cenário jurídico novas ideias acerca da família constitucionalizada e do pluralismo jurídico (RAMOS, 2000), a mudança de paradigmas na família (FIÚZA, 2000) e a família na contemporaneidade (RIBEIRO, 2000), discutindo as entidades familiares hetero e homossexual.

Nesta última linha, a interpretação dos dispositivos constitucionais sobre a família não exaurem – *numerus clausus* – as possibilidades de arranjos familiares, sob o fundamento da regra geral de inclusão, do princípio jurídico da afetividade e da dignidade da pessoa humana, sendo a

norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de par andrógino (homem e mulher). A ausência de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. Por outro lado, não vejo necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta, somente admissível quando constituída por homem e mulher (§ 3º do art. 226). Os argumentos que têm sido utilizados no sentido da equiparação são dispensáveis, uma vez que as uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria (LÔBO, 1997, p. 51).

Lôbo (1997) traz os requisitos de sua formação válida: afetividade, estabilidade e ostensibilidade, os quais não diferenciam em muito da união estável, que por lei requer estabilidade, continuidade, diversidade de sexos, publicidade e objetivo de constituir família (§ 3º, art. 226 da CF e art. 1.723, do Código Civil), elementos que, na compreensão de seu reconhecimento jurídico, as faz oscilar entre uma entidade familiar com contornos próprios ou entidade assimilada pela união estável. Um e outro modo de percepção desta realidade no campo do direito não refoge à concepção jurídica das famílias com seus perfis entre o tradicional e o contemporâneo.

Fato é que desde a Constituição de 1988 essas questões pairam sobre o direito de família, ainda com contradições e debates, mas que em muito distam das ideias do pluralismo familiar inscrito no texto constitucional pelo movimento de mulheres e o “bloco do batom” na constituinte.

A hierarquia entre casamento e união estável tão entranhada em nossa cultura jurídica que o debate após o texto constitucional foi – e ainda é – intenso. As duas leis sobre a união estável praticamente equipararam-na ao casamento civil, em termos do direito de família e sucessões. Entretanto, o Código Civil de 2002, rompe com essa trajetória, principalmente no que se refere aos seus efeitos no âmbito da sucessão. Daí a polêmica estar acesa nos dias atuais.

Em 2016 o Superior Tribunal de Justiça edita, com base em precedentes dos colegiados, 16 teses sobre a união estável – Jurisprudência em Teses (BRASIL, 2016). Entre elas a tese de que é a vara de família competente para apreciar e julgar o pedido de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, pondo fim ao dissídio acerca da entidade familiar ser exclusivamente formada por par heterossexual, mesmo após a decisão da ADI 4277 de 2011, mostrando a pouca permeabilidade da Justiça de família.

Outra tese de relevância sobre a desigualdade entre casamento e união estável no direito das sucessões, como se vê:

1) Os princípios legais que regem a sucessão e a partilha não se confundem: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito; a partilha deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar.

Precedentes: REsp 1118937/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 04/03/2015; REsp 1124859/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SA-

LOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 27/02/2015; AgRg nos EDcl no REsp 1095588/MG (decisão monocrática) Rel. Ministro RAUL ARAÚJO julgado 07/10/2015 DJe 09/11/2015. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 556)

A perspectiva das desigualdades exegéticas entre união estável e casamento vê-se flexibilizado nos *Leading Cases* RE 646721 (BRASIL, 2017) e RE 878694 (BRASIL, 2015), Temas 498 e 809. Ao abordar questões sucessórias dessas entidades familiares, o Supremo Tribunal Federal assentou a tese da inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros previstos na legislação civil.

Pondere-se, contudo, dois aspectos. Um deles, as permanências da primazia do casamento civil frente à união estável na cultura brasileira. O outro, a indagação: se, por um lado o reconhecimento da igualdade é uma conquista jurídica e a sua realização no âmbito das famílias promove uma quebra de hierarquias, por outro, as questões socio-culturais podem estar obliteradas por esse mesmo princípio. A luta pelo pluralismo nos anos de 1980 passava pela pauta do reconhecimento de direitos das famílias e a incorporação destes direitos das mulheres na Constituição de 1988¹⁰.

Porém, a complexidade dos direitos fundamentais e a autodeterminação caminham, noutros países, diferentemente nas famílias onde a ideia de união estável possa ser entendida diversamente do casamento civil a fim de garantir o pluralismo de pessoas com laços de solidariedade e afetividade reconhecidos pelo Estado sob várias modalidades. Talvez, a garantia do pluralismo familiar há que fazer coro ao teor dos votos vencidos nestes recursos extraordinários como expressão da liberdade individual rumo às diversas opções de organização patrimonial e familiar, analogamente reconhecidas em países europeus como a França e a Alemanha.

9.5 CONCLUSÕES

A proposta deste estudo considera que dentre a variedade e polissemia do pensamento feminista (PERROT, 2007; RAGO, 2003) e do conceito de gênero (HARAWAY,

¹⁰ Sobre os impactos do feminismo e a redemocratização do país, Lage e Narder (2012, p. 301) compreendem que: “Já na década de 1980, no Brasil, verifica-se uma maior articulação dos movimentos feministas, contando inclusive com as mulheres que se encontravam exiladas ou compartilhavam do exílio de seus companheiros durante a ditadura militar e que retornavam com o aporte teórico e político do feminismo europeu. O processo de redemocratização deu novo impulso para a visibilização de demandas das mulheres, bem como para a interpelação dos poderes estatais em prol de seu reconhecimento na ordem jurídica e da adoção de políticas públicas que enfrentem as suas especificidades. Acerca da campanha que resultou na incorporação dos direitos das mulheres na Constituição de 1988”.

2004; RAGO, 1996; SCOTT, 1980), o movimento feminista de segunda onda se reflete mais diretamente no direito, em isomorfismo ao pensamento liberal que trouxe ao campo jurídico a discussão advinda das lutas pela igualdade de todos perante a lei, o direito ao voto, ao trabalho e à educação.

Daí ser a proteção da mulher e a construção de um pensamento jurídico espelharem essas dimensões, de um diálogo entre o direito e o feminismo. A igualdade formal e a “dimensão relacional da diferença” (SCOTT, 2005) representariam, para o direito, uma extensão, na esfera privada, das conquistas dos direitos humanos fundamentais, de primeira e segunda geração. É o contexto em que se encontra a questão da constitucionalização do direito de família e o momento pré-constituição de 1988 em que o movimento das mulheres e o “bloco do batom”, junto com as 26 deputadas constituintes, fizeram história: o feminismo mudou o direito. Um feminismo de segunda onda, predominantemente.

Forte e presente é o “diálogo” do direito com o feminismo que postula pela igualdade entre o homem e a mulher como a presença mais marcante nas referências bibliográficas verificadas. Mas, a politização do privado paulatinamente torna-se invisível nas teorias jurídicas – *habitus* e *campus* – que utiliza frequentemente da hermenêutica civil-constitucional própria e interna à dinâmica do direito ao invés de posturas mais interdisciplinares.

Entretanto, a crítica feminista mais contemporânea à epistemologia da modernidade representativa do saber universal, disciplinar e masculino (PERROT, 2007) que constrói representações binárias a partir de sujeitos homogeneizados e essencializados nas diferenças entre os sexos, dentro e fora da esfera privada, implica em visibilizar mecanismos de exclusão, de perpetuação das desigualdades e de hierarquia entre os sexos, ainda representa pouco espaço no campo do direito, na dimensão social de efetivação das normas e transformação social.

Especialmente porque nessa estrutura do direito fincada na modernidade que se constrói o *campus* e o *habitus* jurídico, como uma verdade que se enraíza profundamente (FOUCAULT, 2003; BUTLER, 2004) e preconiza, para a família, um sistema de parentesco estruturado a partir da consanguinidade bilinear e do par conjugal (REBOLLO, 2006). Modelo jurídico que sustenta a rigidez normativa da família em contraste ao plu-

ralismo e a diversidade de vivências familiares (TARNOVSKI, 2004; MELLO, 2006; UZIEL, 2006; FONSECA, 2006; MEDEIROS, 2006).

Mas, um novo diálogo se aproxima. Novas realidades se impõem ao direito e importam em um repensar do campo e na transição paradigmática de uma ciência estruturada na modernidade e que enfrenta na práxis fatos de uma contemporaneidade globalizada: famílias recombinadas, homoconjugalidades, reprodução assistida, doação de gametas, barriga de aluguel, famílias monoparentais, pluriparentalidades, ou seja, subjetividades que exigem reconhecimento e inclusão no sistema normativo, dignidade e cidadania.

Neste espaço aberto à interdisciplinaridade, aproximam-se discursos críticos ao direito incluindo-se aí as teorias feministas, contributos para epistemologias emancipatórias e plurais, incorporando a discussão feminista sobre o espaço privado, as relações de conjugalidade, o parentesco, a violência e a filiação.

As transgressões operadas dentro do campo jurídico em trazer temáticas e fontes renovadas, permitem concluir que nessa fase mais atual do direito, tópicos como pluralidade e diversidade encontram-se enfatizados em diálogos que têm aconchego – direta ou indiretamente – em linhas teóricas de um feminismo de terceira onda, principalmente se considerarmos a dedicação de os juristas atuais em tratar a homoafetividade como união reconhecível pelo direito de família.

Igualmente, o fenômeno se repete nas teorias contemporâneas do direito privado e da família conectados a uma “democracia das diferenças” e “valores coletivos” de “cada espaço social e de cada espaço de sociabilidades” (WOLKMER, 2007, p. 99) que passam a integrar o conceito de Justiça. É a pluralidade emancipatória que conduz à “epistemologia da alteridade” de Wolkmer ou ao direito civil emancipatório.

Mas, das problematizações levantadas inicialmente, se há impacto do feminismo sobre o jurídico caracterizado por sua autorreferência (BOURDIEU, 2004), o direito ao integrar a problemática e crítica trazida pelo pensamento feminista tende a o fazer dentro de uma lógica inerente ao campo do direito, diminuindo a referibilidade histórica da luta pela conquista de direitos (SANTOS, 2003)?

A persistência de “obstáculos culturais institucionalizados” no direito (FRASER; HONNETH, 2006) e a efetiva falta de “igualdade de status” social e jurídicos principalmente oriundos da heteronormatividade, colocam um desafio paradigmático: uma

tomada de posição política do campo jurídico. Ao que nos parece, o campo jurídico que já não pode ser compreendido numa fixidez.

Não se ignora a tendência de o direito despolitizar o campo de suas influências exteriores adotando critérios que lhes são interiores e intrínsecos (historicamente marcado pela modernidade e o liberalismo). Mas também não se pode ignorar que existem caminhos não-certos e verdades por se construir, em especial sobre o padrão familiar heterossexual, patriarcal e patrimonial significando o capital simbólico do grupo doméstico (BOURDIEU, 2004), de controle da sexualidade e da procriação.

A luta pelo reconhecimento da heterogeneidade e interdisciplinaridade implica numa normalização dentro e fora do poder estatal, este tradicionalmente associado à exclusividade em ditar o direito.

O aprofundamento das análises acerca das tensões entre as leis e a práxis do direito transpõem as fronteiras da cognoscibilidade heteronormativa para um pluralismo familiar, temas estes amplamente discutidos pelas teorias feministas e de gênero.

Mas, é salutar lembrar as ambiguidades inerentes ao sistema jurídico, como discorre Martha Minow sobre o sistema legal norte-americano, ao dizer que:

No sistema legal contemporâneo dos Estados Unidos, juízes e advogados, assim como empresários de outros sistemas de conhecimento e controle, tratam seus próprios pontos de vista como naturais e necessários. A preocupação dos juízes com neutralidade, por exemplo, particularmente notável na jurisprudência sobre igualdade legal e constitucional, utiliza-se de dispositivos institucionais existentes, e ao mesmo tempo os protege da concorrência aberta com quaisquer alternativas (MINOW, 2010, p. 259).

REFERÊNCIAS

ALVIM, C. F. Dos direitos da mulher e sua evolução. Rio de Janeiro: Typo do Commercio Rodrigues e C., 1934.

ARNAUD, A. J. Internationalisation des droits de l'homme et droits de la famille: de la globalisation au postmodernisme en droit. In : ARNAUD, A. J.. Entre modernité et mondialisation: cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État. Paris: LGDJ, 1998a. p. 77-104.

_____. De la globalisation au postmodernisme en droit. In: ARNAUD, A. J. Entre modernité et mondialisation: cinq leçons d'histoire de la philosophie Du droit et de l'État. Paris: LGDJ, 1998b. p. 659-662.

_____. (Dir.). Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit. Paris: LGDJ, 1988.

AZEVEDO, A. V. União entre pessoas do mesmo sexo. In: PEREIRA, R. C. (Coord.). A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG, 2000. p. 141-160.

AZEVEDO, M. A. Mulheres espancadas: a violência denunciada. São Paulo: Cortez, 1985.

BARBOZA, H. H. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6., 2009, Belo Horizonte. Anais... Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=180>. Acesso em: 14 mai. 2010.

BOURDIEU, P. Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: UNESP, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 1.151-A, de 1995 (Da Sra. Marta Suplicy). Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, ano LII, n. 10, p. 01820-01823, 21 jul. 1997. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=21/1/1997&txpagina=1820&altura=700&largura=800>. Acesso em: 10 jan. 2000.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3, 2009. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>>. Acesso em 20 ago. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 30 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 646.721. 10 mai. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 878.694. 14 abr. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8493791>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

_____. União estável. Jurisprudência em Teses, Brasília, n. 50, p. 1-6, 11 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%C3%A3o%20Est%C3%A1vel.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2016.

BUTLER, J. O parentesco é sempre tido como heterossexual? Cadernos Pagu, Campinas, n. 21, p. 219-260, 2003.

_____. Faire et défaire le genre. Multitudes, Paris, out. 2004. Disponível em: <<http://multitudes.samizdat.net/spip.php?article1629>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

CARBONNIER, J. Flexibe droit: pour une sociologie du droit sans rigueur. 10. ed. Paris: LGDJ, 2001.

CARDONE, M. A. Trabalho da mulher, licença-paternidade, trabalho do menor. Revista LTr: Legislação do trabalho e previdência social, São Paulo, v. 52, n.11, p.1343-1347,-nov. 1988.

CARVALHO, S. A mulher e o direito constitucional do trabalho. Synthesis, São Paulo, n. 9, p. 56-59, 1989.

COSTA, A. A. A. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. Revista Gênero, Niterói, v. 5, n. 2, p. 1-20, 2005.

DERRIDA, J. Força da lei. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, L. E. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 732, p. 47-54, 1996.

_____. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FIÚZA, C. A. C. Mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. In: PEIREIRA, R. C. (Coord.). A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG, 2000. p. 27-38

FONSECA, C. Caminhos da adoção. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

- FOUCAULT, M. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- _____. A ordem do discurso. 12. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- _____. A microfísica do poder. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003.
- FRASER, N.; HONNETH, A. Redistribución o reconocimiento? A Corunã: Fundación Paidéia Galiza; Madrid: Morata, 2006.
- GOMES, O. O novo direito de família. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- GROSSI, P. Primeira lição sobre o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HARAWAY, D. ‘Gênero’ para um dicionário marxista: a política sexual de uma palavra. Cadernos Pagu, Campinas, n. 22, p.201-246, 2004.
- HACKER, A. Mulheres no trabalho. Diálogo, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 2-7, 1987.
- LAGE, L.; NADER, M. B. Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. (Org.). Nova história das mulheres. São Paulo: Contexto, 2012.
- LIMA, F. M. M. A estabilidade da mulher gestante segundo a Nova Constituição. Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, v. 29, n. 1, p. 141-148, jan./jun. 1988.
- LÔBO, P. Igualdade conjugal: direitos e deveres. In: PEREIRA, R. C. (Org.). Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 221-236.
- MACHADO, H. et al. Pai à força: desigualdades de gênero e configurações da parentalidade nos testes de DNA. In: CONGRESSO IBERAMERICANO CIÊNCIA, TECNOLOGIA E GÊNERO, 7, 2010, Minho. Anais... Disponível em: <http://files.dirppg.ct.utfpr.edu.br/ppgte/eventos/cictg/conteudo_cd/E9_Pai_%C3%A0_For%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011.
- MEDEIROS, C. P. ‘Uma família de mulheres’: ensaio etnográfico sobre a homoparentalidade na periferia de São Paulo. Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 544-545, 2006.
- MELLO, L. Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil. Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 497-508, 2006.

MINOW, M. Razão feminista: ganhando-a e perdendo-a. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 259- 303.

NAZARIO, D. N. Voto feminino e feminismo. São Paulo: [s.n.], 1923.

OLIVEIRA, F. P. Manual prático do direito das mulheres: estudo da condição da mulher no direito civil, industrial, comercial. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1932.

PEREIRA, C. M. Introdução. In: DIAS, M. B.; PEREIRA, R. C. Direito de família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERLINGIERI, P. Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, M. Uma história das mulheres. Porto: Asa, 2007.

PIMENTEL, S. Evolução dos direitos da mulher: norma, fato e valor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

PIMENTEL, S.; DI GIORGI, B.; PIOVESAN, F. A figura/personagem mulher em processos de família. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

PINTO, C. R. J. Uma história do feminismo no Brasil. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

RAGO, M. Adeus ao feminismo? Feminismo e (pós)modernidade no Brasil. Cadernos AEL, Local de publicação, n. 3-4, p. 11-43, 1995-1996.

_____. E se Nietzsche tivesse razão? A categoria do gênero no pós-estruturalismo. In: SCAVONE, L. (Org.). Tecnologias reprodutivas. São Paulo: UNESP, 2003. p. 43-57.

RAMOS, C. L. S. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, R. C. (Coord.). A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG, 2000. p. 61-70

RÁO, V. Da capacidade civil da mulher casada: estudo theorico-prático segundo o código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1922.

REBOLO, J. G. Procreación, género e identidad: debates actuales sobre el parentesco y la familia en clave transcultural. Barcelona: Bellaterra, 2006.

RIBEIRO, R. J. A família na travessia do milênio. In: PEREIRA, R. C. (Coord.). A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG, 2000. p. 15-26

RODOTÀ, S. La vita e le regole: tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006.

SAFFIOTI, H. I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. Cadernos Pagu, Campinas, n. 16, p.115-136, 2001.

SANTOS, B. S. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

_____. Poderá o direito ser emancipatório. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, v. 65, p. 3-76, maio 2003. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF>. Acesso em: 22 nov. 2006.

_____. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. In: _____. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. v. 1.

SANTOS, C. M.; IZUMINO, W. P. Violência contra as mulheres, gênero e cidadania: notas sobre estudos feministas no Brasil. 2005. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=543&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 17 nov. 2006.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Apelação Cível n. 006.177-4/5-00, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Walter de Almeida Guilherme, julgado em 06.02.1998.

SARLET, I. W. (Coord.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2006.

SASSAREGO, C. F. Derecho y persona. 2. ed. Trujillo: Normas Legales, 1995.

SCAVONE, L. Estudos de gênero: uma sociologia feminista? Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 16, n.1, p. 173-186, 2008.

_____. Feminismo contemporâneo y democracia en Brasil. In: FAURÉ, C. (Org.). Enciclopedia histórica y política de las mujeres: Europa y América. Madrid: AKAL, 2010. p. 732-753. v. 1.

SCOTT, J. W. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica. 1980. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/generodh/gen_categoria.html>. Acesso em: 20 nov. 2007.

_____. La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme. Paris: Editions Albin Michel, 1998.

_____. O enigma da igualdade. Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, v. 13, n. 01, p. 11-30, jan./abr. 2005.

SOUZA NETO, P. J. S. Da condição da mulher casada. Rio de Janeiro: [s.n.], 1932.

TABAK, F.; VERUCCI, F. A. Difícil igualdade. São Paulo: Relumê Dumera, 1994.

TARNOVSKI, F. L. 'Pai é tudo igual?': significados da paternidade para homens que se autodefinem como homossexuais . In: PISCITELLI, A. et al. (Org.). Sexualidades e saberes: convenções e fronteiras. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 385-414.

TELES, M. A. A. Breve história do feminismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1993.

_____. O que são os direitos humanos das mulheres. São Paulo: Brasiliense, 2006a. (Coleção Primeiros Passos).

_____. Os cursos de direito e a perspectiva de gênero. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 2006b.

TEPEDINO, G. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, V. (Org.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TORRES, A. F. Os 'novos sujeitos de direito': inclusão social precária, a ontologia da totalidade e o princípio da dignidade humana. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 6, p. 21-40, out./nov. 2008.

UZIEL, A. P. et al. Parentalidade e conjugalidade: aparições no movimento homossexual. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 203-227, 2006.

VARIKAS, E. Penser le sexe et le genre. Paris: PUF, 2006.

_____. O pessoal é político: desventuras de uma promessa subversiva. Tempo, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 59-80, 1996.

VERUCCI, F. O direito da mulher em mutação. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WELTER, P. B. Família homoafetiva: limites constitucionais. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 2, p. 49-62, fev./mar. 2008.

WOLKMER, A. C. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. Revista Sequência, Florianópolis, n. 54, p. 95-106, jul. 2007.

Capítulo 10

ESTADO DE DIREITO NA SOCIEDADE DE CONTROLE

Conceitos jurídicos entre realidades políticas, da luta pelo direito à negação da justiça

Vinício Carrilho Martinez¹

10.1 FORMAÇÃO DO PODER POLÍTICO E DO DIREITO

A história do Ocidente coincide com a Luta pelo Direito – o que se chama de gerações de direitos humanos e que são basicamente três: liberdade, igualdade, fraternidade (COMPARATO, 2001). A história é bíblica (ROBERTS, 2003), mas os marcos modernos são as Revoluções Americana (TOCQUEVILLE, 1994) e Francesa (SAINT-JUST, 1989).

A Luta pelo Direito (IHERING, 2002) é uma conquista civilizatória e libertária; o direito se revigora com a afirmação da liberdade, da isonomia, da equidade, da igualdade. Essa história, porém, é política. Primeiro, na organização e centralização do Estado (legitimador do direito); depois, contra o próprio Poder Político, como mecanismo de freios e contrapesos que deveria inibir o abuso de poder.

Os direitos civis, na base da primeira geração de direitos humanos, originaram a força da lei que se voltaria à contenção dos abusos estatais; sobretudo nos séculos XVII e XVIII (MIRANDA, 1990). Denominou-se, então, de “liberdade negativa”; pois, expandia a liberdade dos indivíduos ao passo que reduzia a capacidade de o Estado agir sem respaldo legal (MIRANDA, 2002).

A forma privilegiada de controle estatal como organização jurídica – controlando-se o poder por meio do direito “governo das leis” (BOBBIO, 1990) – e que imprimiu a história do próprio Estado Moderno, praticamente em todo o planeta, é a Constituição (LASSALLE, 1985). Ou seja, a Constituição é o instrumento definidor e regulador do Poder Político, em todas as suas esferas, instâncias e dimensões; e disso decorre que, paulatinamente, o Estado passou a perder “poderes” (Estado Constitucional) em ra-

¹ Professor da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Doutor em Educação pela Universidade de São Paulo e em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

ção de uma crescente organização/normatização constitucional do exercício do poder (HESSE, 1991).

Em resumo inicial, a história do Direito Ocidental tem marcos decisivos: a) A organização e a centralização do Poder Político retirou poder de mando dos senhores feudais e dos reis, e assim instigou a criação de Monarquias Constitucionais (Estado Moderno) em substituição às monarquias absolutistas. b) A laicização do Poder Político - Estado Laico (LOCKE, 1987); c) A administração racional do poder, legitimado pelo direito público (MALBERG, 2001); d) A divisão dos poderes; e) A instituição de direitos políticos (do voto livre ao sufrágio universal, como Estado Liberal); f) O Império da Lei - Estado de Direito (RADBRUCH, 1999); g) A prevalência das regras republicanas (Estado Republicano); h) A imposição de regras abstratas e gerais e a nomeação de um magistrado para conduzir os procedimentos judiciais (Estado-Juiz); i) A universalização do alcance do direito (“acesso à Justiça”); j) A ampliação dos direitos fundamentais, sob a criação dos direitos sociais com a natureza jurídica de direitos público-subjetivos - Estado Social (VERDÚ, 2007); k) A transformação/ampliação dos direitos individuais em direitos difusos e coletivos - Estado Ambiental (SILVA, 2003).

Tudo isso somado e revigorado pela força das demandas sociais e populares, na forma de luta contra a opressão (THOREAU, 1966), formou o conjunto que forneceu a base da sociabilidade moderna ao direito (Estado contemporâneo). No último quarto do século XX, a forma-Estado prevalecente ficou conhecida como Estado Democrático de Direito (CANOTILHO, 1999). No século XXI, por imposição crescente do Direito Internacional ao direito interno (Constituição), também é conhecido como Estado de Direito Democrático de Terceira Geração ou Estado Altruísta (CARDUCCI, 2003).

A primeira geração do Poder Político regulado e normatizado corresponde, como visto, pela interposição do Estado de Direito. A segunda geração, que se pode dizer do próprio Estado de Direito, corresponde à impregnação do direito pela democracia; seu marco é o fim da Segunda Grande Guerra, com a Constituição Alemã de 1949 (ALEMANHA, 1975). A terceira geração do Estado de Direito implica no recebimento do direito internacional protetivo dos interesses difusos e coletivos: solidariedade planetária, uma vez que a vida do planeta corre sérios riscos.

De todo modo, a luta política está na origem da formação do direito, por mais ou menos direitos. Entre os séculos XX e XXI, a restrição dos poderes estatais também foi evidenciada, mas, especialmente, pela imposição do poder econômico, tanto quanto relegou ao passado as suposições da soberania popular (ROUSSEAU, 1987).

10.2 ESTADO: POVO, TERRITÓRIO, SOBERANIA

O Estado, sobremaneira o Estado Moderno organizado no Ocidente do Renascimento de Maquiavel (1979), Hobbes (1983) e Bodin (2011), é resultado da justaposição de determinadas ocorrências e seguiu uma sequência específica: povo, território, soberania (DALLARI, 2000). Essa maneira peculiar e clássica de se observar o direito ainda trouxe as bases de uma nova ciência (FERRAZ JUNIOR, 1980) ou disciplina jurídica: a Teoria Geral do Estado e do Direito (JELLINEK, 2000).

Para melhor compreender esse fenômeno, é preciso atentar para o fato de que qualquer aglomerado humano precisa se identificar e reunir condições para conviver, e isso é “fazer política”, tornando-se cidadão do espaço público “Polis” (ARISTÓTELES, 2001) ao reunir condições para se tornar responsável pelas ações públicas. Até mesmo porque isso exige concatenação discursiva de propósitos comuns, compartilháveis e coordenação global das ações: organização política. Não há nada mais político do que tratar da vida comum do homem médio e da urbanidade, civilidade; pois, exige regras de convivência. O que também implica na primeira noção do que é direito, como conjunto de regras.

No entanto, nem toda organização política constitutiva de regras constrói um Estado (CLASTRES, 1990). Assim, o Poder Político (Estado), para ser criado, requer um tipo de "adensamento cultural" (MARTINEZ, 2013). Nessa fase, procura-se por meios materiais e simbólicos que permitam a sobrevivência. Se isso advém, tem-se a nomenclatura "povo".

A fixação em determinado terreno, ocupando-se do espaço físico, permite a esse povo (indígena, moçambicano, brasileiro) ter condições de se defender e de expandir sua cultura. Note-se que alguns povos, em territórios demarcados, já haviam passado da fase original, alcançando o adensamento de valores, de práticas sociais e demais costumes. A essa posse/propriedade material e simbólica do espaço físico denomina-

se, então, de "território". A antiga Roma, mesmo não sendo um Estado, mas, sim, um Império, teve início com essa demarcação simbólica dada por Rômulo e Remo. O que leva muitos a tratarem o Estado como um Mito (CASSIRER, 2003).

Nessa exata ordem de ocorrências, o povo deverá reclamar autoridade, superioridade, domínio desse espaço físico (autoritas), e que é também a base do seu ethos (ética: local dos costumes), como sendo de sua inteira e necessária relação de posse/propriedade (dominação), para fins de identidade e de sobrevivência. Assim, tal desejo, transformado em ação defensiva do território, chama-se "soberania".

De certa maneira, o direito diferencia posse (transitória) de propriedade: em condições de se tornar efetiva, definitiva. A posse está para a apropriação inicial do espaço físico (que se segue ao adensamento cultural), podendo ainda suscitar disputas pelo controle e domínio; assim como a propriedade – desejo de permanência, pertencimento ao território – está para a soberania.

O conjunto complexo (inseparável, não abdicável) entre “povo, território, soberania” regula as condições essenciais, ainda que não sejam as únicas, para a edificação de um Estado. Por isso se chama de Estado soberano. Portanto, como se vê, nem todos os povos têm Estado, visto que muitos fatores seriam obrigatórios na transformação de um território em Poder Político (ou simplesmente Estado).

Veja-se o caso dos povos indígenas que, sob a divisão constante de seus grupos sociais, não reúnem condições para formar instituições políticas mais complexas: dos Maias e Astecas, na América Latina, aos povos indígenas da Amazônia (RIBEIRO, 2007).

Também há o exemplo da Mongólia, que somente após intensa guerra de adesão conseguiu construir, trazer alguma unidade político-jurídica aos inúmeros clãs. Nesse caso, continuaram nômades, mas já circunscritos a um território e sob a imposição de regras políticas e jurídicas comuns: subjugação das individualidades em razão da objetivação política. A intrínseca relação entre direito e cultura (REALE, 1998) também é denominada de “intersubjetividade” (HONNETH, 2003).

Muitos povos africanos tinham milhares de membros reunidos sob uma única liderança política. Mas, não haviam configurado – até a época da Colonização europeia – estruturas políticas e jurídicas hierárquicas, em condições de universalidade e objeti-

vidade. Conheciam bem seu território e defendiam-se como um só povo, sem, contudo, construir as estruturas próprias do Estado Político (BALANDIER, 1969).

A Europa, no Renascimento, passou exatamente por essa fase de unificação e de centralização política. Tal dominação de cima para baixo, centralizada, hierarquizada, também produz o direito: “dominação racional-legal” (WEBER, 1999). A racionalidade se apresenta na “objetivação política” (instituições públicas de regulação e de controle) e a legalidade se acosta em regras com poder (coerção) suficiente para serem impostas indistintamente (KANT, 2003).

No direito positivo (imposto, codificado), chama-se de poder erga omnes a imposição universal de regras gerais “to enforce the Law (DERRIDA, 2010); já, a capacidade de o Poder Público impor sua vontade contra os interesses individuais que possam estar em conflito, denomina-se de Poder Extroverso (SUNDFELD, 2004).

Trata-se, então, da própria evolução histórica do Estado, nos primeiros momentos meramente reunindo poderes e capital – da Rota da Seda à “acumulação primitiva” (MARX, 1977) – transmutando-se no modelo paradigmático de organização e exercício do poder jurídico, com destaque para a racionalização do poder destinado à organização jurídica do enquadramento das relações humanas (ALLAND, 2012).

Na fase amadurecida do Poder Político, da democracia que se veio construindo ao longo do século XX, o poder seria expressão – ao menos teórica – da soberania popular que é a fonte basilar do poder e do direito legítimo. E essa forma específica de soberania tem requisitos típicos e precisos: autonomia e auditoria. Com o que se refutaria toda investida de poder autocrática, autoritária, impopular.

10.3 O DIREITO EXPRESSA O ENTORNO SOCIAL

É próprio do homem médio em sua vida comum limitar o direito às leis e, desse modo, entender o objeto do direito expresso pelas normas jurídicas; aliás, numa estranha coincidência com o máximo do Positivismo Jurídico: direito = Estado (KELSEN, 1998). Para o jurista, além da lei, são visíveis a analogia² (um recurso de hermenêutica

² Pode haver comparação de casos análogos, com verossimilhança.

jurídica³), os costumes⁴ e os Princípios Gerais do Direito⁵, como constituintes das fontes e do cerne do que é o direito.

De modo menos perceptível, por sua vez, é preciso ter clareza de que a lei é parte do direito; porém, antes de ser lei, o direito tinha a forma ditada pelo Político⁶. É suficiente recordar que as práticas sociais⁷ (ou societais⁸), o poder das castas⁹, segmentos ou grupos sociais, a doutrina¹⁰, a jurisprudência¹¹ e a luta política são geradores de novos direitos. Em outros termos, pode-se dizer que o direito-norma¹² expressa a atuação (ou sofre a influência) dos Grupos Hegemônicos de Poder¹³ que controlam o Estado, os lobbies ou grupos de pressão¹⁴ que se instalam nas bancadas legislativas.

Na prática da realidade objetiva do poder (Realpolitik), o direito infere valores e interesses do grande capital monopolizador do Poder Econômico, como visto, por exem-

³ A hermenêutica jurídica, como fonte e forma de interpretação do direito e das ações judiciais (ordenamento jurídico, direito positivo), em determinado contexto histórico, congrega uma visão de mundo mais ou menos ampliada ou restritiva. Porém, sob a sociedade aberta (Habérle, 2008), não se pode prescindir do processo civilizatório na visão histórica de longo prazo, e muito menos abdicar da visão de mundo de curto prazo: libertação, emancipação.

³ Se os costumes fossem observados, como fonte do direito, a prudência (bom senso) seria um princípio legal consagrado. Dessa perspectiva ainda se entende porque o bom senso não é referendado como fonte do direito, uma vez que o magistrado teria de se pautar pela prudência que conduz à justiça social.

⁴ Não será diferente com os Princípios Gerais do Direito (Art. 4º da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em segundo plano na ação do magistrado, e ainda que constituam a base e a regra do Direito Ocidental desde a formulação dos postulados da República e do direito romano.

⁵ Em síntese, pode-se entender o espaço público (hoje também o privado) em que se desenvolve o contexto da urbanidade, civilidade.

⁶ No sentido contrário à legalidade, mas como suporte provindo das práticas sociais abusivas (como regra e não exceção no cotidiano), é o caso de se recordar o exemplo notório do “jeitinho brasileiro”: “aos amigos tudo, aos inimigos a lei”.

⁷ Por outro lado, as mudanças mais profundas porque passou a Humanidade nos últimos dois séculos, a contabilizar o industrialismo e o colonialismo, revelam que nem sempre falam a mesma língua a interação social e os aspectos societais: como construções coletivas globais, culturais, econômicas, linguísticas, jurídicas, morais, artísticas, representativas, políticas, religiosas.

⁸ O Judiciário, com tantos privilégios e imunidades antirrepublicanas é uma casta ou um estamento? Neste sentido, como pressuposto e nomenclatura na formação social nacional, o Poder Judiciário se porta como entidade superior de um regime de castas sociais, no sentido de que seus privilégios (leis privadas que se desafiavam as prerrogativas constitucionais) permitem – enquanto poder instituído – que sua autonomia (sem auditoria) se converta em autocracia.

⁹ Assim, a doutrina acaba por prevalecer como guia do operador do direito, especialmente, como corrente majoritária em que se destacam os maiores ou os mais consagrados doutrinadores de cada ramo específico do direito.

¹⁰ Em concomitância à jurisprudência comumente conservadora, sustentando-se em sistematizações das decisões parciais dos juizes singulares, consagra-se o poder econômico.

¹¹ Não é sinônimo, por exemplo, da expressão direito-poder – que, nesse caso, ainda levaria a diagnosticar diferenciações entre normas jurídicas e regras sociais.

¹² Em resumo, são as frações de classe hegemônicas, dominantes: sistema financeiro, agronegócio, grandes atacadistas, indústria e comércio. Mas que também influenciam a chamada classe média e a “voz rouca das ruas”, por meio de seus “formadores de opinião”: os monopólios globais da mídia interna e internacional que ressoam em uníssono por aqui.

¹³ Vide a chamada Bancada BBBB (boi, bala, bíblia – e banco).

¹⁴ Seria o caso de se notificar que o nosso direito positivo é, inevitavelmente, codificado. Aliás, a expressão em si é significativa, posto que, ao mesmo tempo em que nos remete aos Códigos legais, implica na necessidade de uma contrassenha (conhecimento especializado) para sua decodificação, ou seja, o entendimento jurídico não está ao alcance do homem médio em sua vida comum. Também é forçoso recordar que o direito promulgado provém do Poder Legislativo e que este é um ente-membro do Poder Político, isto é, antes de ser lei, a principal fonte do direito é a política. O maior problema epistemológico do Positivismo Jurídico (Direito = Estado), portanto, é a não-compreensão de que os políticos profissionais são os autores da lei, mas, não-necessariamente do direito; visto que o direito é originário do Político: o amplo leque societal em que se conforma a relação espaço-temporal entre público e privado, com seus costumes, hábitos, relações de poder, classes sociais e dominação de classe, ideologias, visões de mundo, práticas sociais, culturas, diversidades, grupos, etnias, camadas e estratos sociais.

plo, na edição do Código de Defesa do Consumidor e que se vê na interposição de um Código Florestal devastador das reservas naturais.

10.3.1 O DIREITO EM UMA LINHA

De todo modo, em uma definição inicial, a ser superada/aprofundada, tem-se no direito um conjunto complexo de normas sociais e de regras jurídicas. Esse conjunto se articula entre direitos – liberdades – garantias, tendo por guia a equidade e a isonomia, afim de que os princípios de igualdade (ainda que apenas formais) e de Justiça não se retraiam. O direito positivo⁷⁸, portanto, pode revelar uma inteligência jurídica no manuseio e aplicação, se verificado com dinamismo e bom senso.

O que remete a pensar o direito vivo, como a letra da lei que é interpretada na jurisprudência, e a sua necessária atualização. Isso porque, contraditoriamente, o direito representa as demandas sociais conduzidas pelos movimentos sociais e populares. Ou seja, o direito também expressa proteção ao cidadão comum pulverizado como consumidor descontínuo em termos de articulação política. Historicamente, pode-se ver a ação de um direito revolucionário e, ainda que no cotidiano, seja conservador.

10.3.2 O DIREITO É POLÍTICA

De fato, o direito é política e nem sempre se garante o direito à política. Quando se diz da interferência direta da política na fabricação do direito, quase sempre se afastam os postulados da ética, ou seja, da moral, dos costumes, dos calores mais tradicionais. Nesse caso, aproxima-se o direito do poder e, muitas vezes, trata-se de uma perspectiva reificada, indiferente por inconsciente do realismo político que envolve a produção legislativa.

Os exemplos mais fortes, desse prisma, perpassam pelas crises que direcionam o país desde 2015 – e que são de ordem moral, política, econômica e jurídica – e que recolocaram valores e velhos dilemas consagrados pelo pensamento liberal, assim como destacaram as críticas mais radicais. As crises, em suma, destacaram a mercantilização do Político a que se está “sujeitado”.

Pela leitura clássica da Filosofia e da Teoria Política, anterior ao liberalismo, estão todos sujeitos à política. Sem distinção de cor, credo, poder aquisitivo ou ideologia, não se escapa do Político porque se trata da ordem regulatória da vida civil e do Poder

Político. De Aristóteles a Hobbes, passando por Maquiavel – e depois Rousseau – estão submetidos, submersos ou são acometidos pelas várias razões que direcionam as ações e as relações políticas na sociedade civil ou no Estado.

Como queriam os clássicos, com alguma consciência, opinava-se sobre esses mandamentos: isegoria, no mundo grego clássico. Com alguma vontade, interagiu-se de acordo os efeitos da política: autonomia. Porém, se estavam contra tais medicamentos, lutavam por outros remédios: isonomia. Hoje, a questão é simples: o que se ganhou com isso? O Político resumiu-se, subsumiu-se no Econômico.

Ninguém se lembra mais de um famoso selo liberal: “um homem, um voto”. Pois, se os votos são comprados ou manipulados – na consciência de quem (se) elege – resta a política como se fosse um Fundo de Investimentos. Aplica-se X para receber X + 1 ou na fórmula mais consagrada pelo marxismo: $D - M - D'$. No fim da operação política – Dinheiro/Mercadoria/mais-Dinheiro – tem de haver lucro individual ou partidário. Mas, para o conjunto dos cidadãos, o resultado é uma política sectária que retira do público para fomentar o privado. E essa é apenas uma face da conhecida privatização do público; no Brasil, equivaleria à corrupção política.

O dinheiro compra a mercadoria (consciência), o que gera mais dinheiro: capital. Tanto há tráfico de pessoas, quanto há tráfico de influências políticas. No fundo a política é parte do capital e por isso pode ser mercantilizada livremente. Livre do peso da consciência (alienada), a ação política não se encontra mais sob a guarda do sujeito.

Sem posse ou propriedade sobre a vontade política, o sujeito é alienado do seu principal capital – a consciência que exerce sobre sua vontade – e assim passa a mendigar por farelos que caem da mesa do banquete político. Excluído do Banquete dos Deuses, ou seja, do Político, presta-se cordialmente como serviçal. Como consumidor da vontade alheia, resigna-se a uma servidão voluntária.

Se bem que, mesmo para que haja servidão voluntária é preciso ter uma mínima consciência da situação. Nesse sentido, a servidão involuntária – de hoje – decorre de uma alienação voluntária do passado, quando se alienou, tirou de si, o direito à consciência.

Então, não há mais sujeito. O que também é mais ou menos lógico, uma vez que o indivíduo se encontra alienado (sem direito a/de...), sujeitado, destinado a cumprir a vontade de outrem. E essa pode ser outra diferença entre indivíduos e sujeitos.

Na política igual a um Fundo de Investimentos, de curto prazo, todos são indivíduos isolados e sujeitos “à” ação política e não mais sujeitos “de” relações políticas. Por certo, está correto quem diga: todos têm um preço. Aí a questão, a saber, é: você está à venda?

Pois bem, o poder somente não está à venda na democracia e na República.

10.4 DA SOBERANIA E DAS REGRAS DEMOCRÁTICAS

Frise-se que, toda vez que o Estado perde margem de alguma forma de poder de mando sem controle, historicamente, torna-se mais democrático (Estado Democrático). Um aparato como o Estado – a instituição por excelência – que se amolda ao controle democrático do poder é inibido pela isonomia: se todos são equivalentes em direitos e obrigações – inclusive o Estado, que deve respeitar os direitos dos cidadãos – a autonomia (como margem de liberdade e de ação) se apresenta como requisito essencial da cidadania e uma forma especial de controle do Poder Político. Pois, ampara-se na liberdade e na igualdade entre os cidadãos e entre os cidadãos e o Estado. Essa, talvez, seja a principal diferença entre legalidade e legitimidade.

Porém, como a isonomia (conquistada com a liberdade) não é o direito de fazer “qualquer coisa”, deverá ela própria, a isonomia, receber formas de controle interno (consciência do direito) e externo: auditoria. Somente na democracia há auditoria, como abertura, transparência, envolvimento e participação nos assuntos de Estado. Tal auditoria, ver e ouvir o que se passa na política, requer a regulação do Estado para que os segredos de Estado, por exemplo, não escondam atos de corrupção e de desvio de poder.

Na ocorrência de liberdade e de igualdade, se tudo pode ser visto e debatido com liberdade (“isegoria”) e fruição do direito democrático (autonomia + auditoria), transformam-se os indivíduos dóceis e obedientes em cidadãos capazes de inibir e de corrigir (punir) os desvios políticos; do contrário, a autonomia descontrolada se revela na forma de autocracia. Por isso, o reverso da auditoria (autocracia) ocorre quando o poder de um ou de alguns se impõe, descontroladamente, sobre todos.

Na autocracia prevalecem as regras da minoria, mas de uma minoria absolutista, que impõe suas regras como sendo do interesse da maioria. Nesse caso, os interesses da maioria são forçados, falsificados (ideologia) ou, simplesmente, a minoria se impõe pela opressão dessa mesma maioria. Na democracia, em sentido contrário, prevalecem as regras da maioria e, quando em nome da maioria não se discriminam negativamente as minorias (sem poder de fato), também se diz que há equidade: acatando-se as regras da maioria e em defesa e promoção dos direitos das minorias.

Quando uma maioria se impõe massacrando as minorias (sem igualdade de condições políticas) não há democracia; posto que imperam as vontades e os desejos de uma “ditadura da maioria” (BOBBIO, 2000). Desse modo, se é certo que não há igualdade sem liberdade (entre senhores e servos, por exemplo), uma maioria só será democrática se houver liberdade, igualdade e equidade: respeito às minorias. Em uma regra jurídica simples ter-se-ia, nesse caso, uma República Democrática.

Sob esse critério, a diferença brutal entre servos e servidores (públicos) está na observância das regras democráticas e republicanas (antifascistas e absolutistas) – (ECO, 1998) e que tem por base a igualdade das regras e a obrigação de servir ao interesse público; entendido como interesse de todos e não só da minoria ou de uma suposta maioria detentora do poder de ocasião.

Em outro exemplo, em regimes autoritários e autocráticos como o nazifascismo, pode-se alegar a defesa da maioria (“nacional-socialismo”), mas em verdade ocorre o massacre de todas as minorias indesejáveis ao poder estabelecido. Um caso típico, então, de ditadura da maioria que desqualifica as demais minorias sociais, culturais, econômicas e políticas (FEST, 1976).

Assim, a autocracia, como forma autoritária do exercício do poder, anula, por sua vez, a liberdade e a igualdade, forçando indivíduos ou grupos a viverem como seres inferiores, domesticados, sem consciência e capacidade de agirem por si mesmos; portanto, sem autonomia (“dar normas a si mesmo”). De tal modo que, a autonomia com auditoria (participação popular nos destinos do poder) está para a democracia, assim como a autocracia está para a ditadura.

Nesse sentido, quando se diz que o Estado tem poder absoluto, pode-se pensar em duas direções: 1) fala-se da soberania de um Poder Político bem organizado e centrali-

zado, dirigido por regras claras, gerais, objetivas, universais, imparciais; 2) a exemplo da própria fundação do Estado Moderno (Renascimento) é destacado o poder absoluto, que não é sinônimo de soberano, mas, sim, de algum tipo antigo ou moderno de absolutismo.

A denominada Razão de Estado, como a razão ou a motivação de o Estado existir, está presente em ambas as construções políticas; entretanto, no segundo modelo, o poder se define como autoritas. Por isso também se denomina de absolutismo.

Em resumo: no autoritarismo (autoritas), o poder é fechado, espesso, concentrado em centros indevassáveis de comando. Na democracia, o poder tende a ser popular: potestas in populo. Por óbvio, se o que vigora é a autoritas, não há espaço para a auditoria do poder; se vige um regime democrático, a autonomia presente nas regras do poder sofrerá avaliação e calibragem constantes. Em uma forma de regras jurídicas ainda se pode dizer: autonomia sem auditoria é autocracia.

Então, a autonomia está para a auditoria (democracia: poder de muitos), tanto quanto a autocracia está para o autoritarismo (autoritas): poder único (auto + cracia). Não há democracia sem visão clara do poder, sem transparência, com caminhos a serem definidos e corrigidos coletivamente; em sua ausência, predomina toda sorte de malfeito, de poder obscuro.

Disso decorre que a soberania, igualmente, implica em dois caminhos básicos: 1) a unificação do poder como expressão de algum poder absoluto, em que a soberania desconhece a repartição e o controle das instituições de poder; 2) a unificação do poder, mas como unidade de muitos que se completam nas suas diferenças, com igualdade e isonomia, é o poder democrático.

A primeira forma de soberania, centralizada e indiferente às regras gerais de direito ou com direitos específicos para cada estrato, grupo ou classe social, é própria de regimes de castas, de estratificação social e jurídica (um direito para cada parte do poder ou segmento da sociedade), do capitalismo não-democrático ou, simplesmente, do “governo dos homens”: por oposição ao “governo das leis”.

Já, a segunda forma é descrita como “soberania popular”, pois o povo seria o senhor do poder e do direito. Ou seja, autonomia sem controle (auditoria) é sinônimo de aristocracia; autonomia com controle popular é próprio da democracia. Daí que, histórica-

mente, convergem democracia e República: coisa de todos, coisa pública (res publica). Pois, não há democracia e muito menos República sem que haja controle interno e externo do poder. Sem auditoria estão abertos os caminhos para o desvio e o abuso de poder.

Também por esse prisma, pode-se afirmar que uma ditadura pode ser legalizada ou legalista – podendo-se ter uma Constituição formal, mas em que o direito positivo expressa unicamente a vontade dos que detém o manejo do poder – no entanto, só haverá legitimidade se, no vigor do regime democrático, o direito expresso pelo Estado não violar os interesses sociais e populares.

O Princípio da Honestidade, o princípio jurídico condutor da República (honeste vivere) tem no direito um mecanismo democrático, como um medium, um meio de mediação, que institui e é instituído no/pelo debate/diálogo político aberto, claro, livre para se manifestar (isegoria) - (HABERMAS, 2003).

10.5 DESCONSTRUÇÃO DO PASSADO

A narrativa do Estado Moderno – “povo, território, soberania” – ocupou todo o período que se denominou de Modernidade Tardia (GIDDENS, 1991): do Renascimento ao século XX. No entanto, antes mesmo do ingresso no ano 2000, as estruturas institucionais e a confiabilidade nos designados sistemas peritos – a começar do próprio Estado – foram severamente abaladas por uma onda crescente de fragilidades.

A confiança (“segurança jurídica) e a durabilidade política (ideologias reconhecíveis) – (LYRA FILHO, 2002) foram, sistematicamente, afligidas pela globalização, financeirização do capital, pelo incremento das tecnologias de redes sociais que revolucionaram o controle da comunicação (“ponto-a-ponto”) – (NEGRI, 2005).

Além disso, somam-se todos os problemas relacionados ao meio ambiente social (político e mental) – (GUATTARI, 1991), natural e artificial (“lixo tecnológico”), a instabilidade política e as várias formas de terrorismo e contraterrorismo (CHOMSKY, 2002) – praticado pelos indivíduos ou pelo Estado: na modalidade do Terrorismo de Estado (RAMONET, 2016) – a instituição de verdadeiras sociedades de controle (DELEUZE, 1992) e o desencanto com a própria modernidade (SÁBATO, 1993).

Bem como, no sentido estritamente político, vigoram infundáveis decretações de Estado de Emergência (TAVARES, 2008), com ou sem especificação jurídica, que abalam continuamente a vigência dos direitos fundamentais individuais e sociais. Emergências que, fazendo-se uso de suposta legitimidade, na prática, só revigoram condições de exceção (AGAMBEN, 2004), impondo-se regras de não direito (KAFKA, 1997), de negação da justiça e da liberdade.

No Brasil, após os eventos de 2016, formulou-se um tipo de ditadura que usa o manto da democracia. Nesse caso, o manto se visualiza no uso de referências constitucionais em contrário aos mesmos princípios da CF/88 que se jurou defender. Daí o nome de Ditadura Inconstitucional: em que vigora a regra jurídica da autocracia, pois predomina a autonomia sem auditoria (MARTINEZ, 2017).

No geral, o resultado é que o direito, a política, o Estado, a sociedade e os indivíduos não são mais os mesmos da modernidade presente até o século XX: tradição e solidez foram vertidas em consumismo e fluidez nas relações humanas (BAUMAN, 2013). Exemplo claro disso é que a lei determina ao juiz agir/decidir com “bom senso”, guiando-se pela “função social da lei”. Mas a insistência do Poder Local é desconcertante, desconexa dos Princípios Gerais do Direito.

No século XXI, nas condições determinadas pela Sociedade de Consumo e de Controle (MÉSZÁROS, 1989.), há hegemonia do status quo. No sentido popular, assim como na Sociologia do Direito, decorre disso a sensação (verificação empírica) de que o direito é conservador, autoritário, patrimonialista – ou de que, simplesmente, está ao sabor dos grupos de pressão (e de poder) que circundam ou habitam os três poderes.

O Estado soberano, por óbvio, perdeu grande parte de sua supremacia. O direito líquido e certo passou a depender cada vez mais de interpretações subjetivas – quer dizer, está submetido à política praticada em determinado momento. Assim, o direito – até então configurado como “conjunto complexo de regras sociais e de normas jurídicas” – viu-se como mero reflexo do poder. No sentido global, não há identificação pragmática da tripartição dos poderes constituídos (LOSURDO, 2004), tanto quanto se experimenta um realismo político regressivo e repressivo em direitos (GRAMSCI, 2000).

O Estado, amparado na legitimidade envolta na Constituição, passou a ser dependente do Direito Internacional. Como reflexo das mudanças de ordem interna e externa,

na política e na economia, a Constituição – ora criada para ser duradoura – sofre retalhos diuturnamente. O direito, eivado de valores e de práticas expressivas da Moral, desatrelou-se das tradições.

Nesse sentido, pode-se dizer que a separação entre direito e Moral/religião, que muito se comemorou no passado (desde o Renascimento que firmou o Estado Laico), hoje se revela como pesadelo; uma vez que, o direito se apresenta como ato/reflexo continuado do poder e não são poucos os casos em que se avista um “direito imoral”. Afinal, quando se trata de poder, é preciso ter claro que nem sempre aí se espelham a vontade, as demandas e os anseios sociais e populares.

O futuro, anteriormente pensado no presente (e este, por sua vez, devedor do passado), agora não tem mais assertividade, como se realmente estivesse diante da Caixa de Pandora: quando aberta, pode revelar tudo, para o Bem e como definição do próprio Mal. Quando se diz, textualmente, na Constituição Federal de 1988 que a preservação do meio ambiente socorre as gerações presentes e “futuras” (art. 225) – (GUERRA, 2014), é porque, claramente, há um receio embasado em evidências reais de que o futuro está ameaçado.

Desse modo, características demarcadoras do direito, como perfectibilidade e teleologia, não são mais princípios austeros e suficientes em si mesmos. O direito deve ser guia de uma sociedade melhor, tendente ao “mais perfeito possível” (sociabilidade), bem como “o futuro deve ser melhor do que o presente”: ninguém em sã consciência escolhe o pior, pois, deveria prever e preferir a prudência (PETRARCA, 2006). Mas, será assim na prática diária do homem médio em sua vida comum? A modernidade consumiu a prudência (GRACIÁN, 1996), assim como fez com as tradições.

Em total clima de desconfiança e descrédito, não é difícil encontrar pessoas que têm “medo do futuro”. No passado, de acordo com o pensamento renascentista, o “medo à morte violenta” serviria de justificativa à criação do Estado: a própria Razão de Estado. Mas, diferentemente do Estado Moderno originário nos séculos XVI e XVII, hoje, o Estado é o maior responsável por esse mesmo estado de pânico. Portanto, em semelhança ao remoto passado político, o sentimento de insegurança e o medo da morte trágica (ação política descontrolada) são as regras do presente.

Essa condição de insegurança impõe uma única certeza, a de estar enclausurado cotidianamente (HUGO, 2002), de vigiar e punir (FOUCAULT, 1977) constantemente. Numa condição de cerco total que só pode resultar no extermínio programado dos indesejáveis (CERVANTES, 1999), de Estado de Sítio que sitia a liberdade dos presos e dos libertos, sob um Estado que penaliza diuturnamente, conquanto seja lucrativo (WACQUANT, 2003).

Sob a ideia de que a relação direito/poder é um fármakon, desde a Grécia antiga – e de acordo com a noção meridiana de que “bem administrados, direito e poder podem ser expressão da vontade e da soberania popular” – construiu-se secularmente a perspectiva de que direito e ética sopram a verdade republicana de que o caminho correto está no “meio”, no equilíbrio entre os interesses em conflito e a decisão “equilibrada”. Da Grécia também se herdou a ideia de democracia, especificamente a democracia direta – ainda que se parecesse mais com aristocracia – mas o que se tem de pistas arqueológicas atualmente remete a outros povos da América e da África que se organizavam sem reinados (LOPES, 2017).

Pois bem, sobre isso que os romanos sintetizaram como *directum* (direito), entre o remédio (a dose certa) e o veneno (o destempero na aplicação), entre o Bem e o Mal, resta toda sorte de indeterminação: o fármakon (remédio ou veneno) está volátil, disperso, desprendido, muitas vezes ausente da consciência global acerca dos piores problemas que afligem a Humanidade.

Se o direito sempre apontou para o “reconhecimento do Outro” (alteridade) – como mecanismo mediador entre pessoas, interesses, poderes, bens, objetos e coisas – no presente/futuro, todos acham “feio o que não é espelho”. De regulador sobre a posse/propriedade de mercadorias, o direito se viu metamorfoseado e submetido à realidade da coisificação.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está quase absolutizado por impactantes processos de sujeição: direito, Estado, capital, sociedade, tecnologia são fatores/atores de sujeição. O futuro que se quer (teleologia) depende em tudo do presente, em que o sujeito de direitos é sujeitado a interesses e condições contrárias à sua humanização. Isso é o que também se chamou de Realismo Político (*Realpolitik*).

Outrossim, se o direito já foi miríade, ficção jurídica para dominar o poder e alinhavar o devir, o que queremos, hoje se perde em ritualismo e procedimento. Códigos e processos ocupam o lugar devido à Justiça. A expectativa de direito, do bom direito, *fumus boni iuris*, de nada ou pouco vale se não vier amparada por contratos e cláusulas chanceladas pela “certeza da coisa”.

A “velha” tradição grega de que a vida social só teria sentido se viesse recostada no “bom, belo e justo”, na luta pela condição humana de ser político “*zoompolitikon*” (ARENDDT, 1991), perdeu glamour pela imposição do direito de propriedade. O quanto eu posso comprar equivale-se, na relação econômica e política, com o mais famoso “sabe com quem está falando?”.

Então, não poderia ser diferente. Porque se o direito sempre foi atrelado à utopia (“não lugar”) na longa Luta pelo Direito, atualmente, por ironia e contradição, quase não causa mais estranheza a visualização de todo tipo de distopias (“lugar da dor”). Há uma grande diferença entre não ter um destino pré-configurado (nos EUA trata-se de Destino Manifesto), como rota de mão única, e sofrer de total perda de direção. Do mesmo modo há, pois, uma diferença, uma clivagem entre quem alega “o fim do Estado” (IANNI, 2003) ou a insurgência de um Estado Pós-Moderno – (CHEVALLIER, 2009) e as bifurcações, contradições insolúveis da Modernidade Tardia.

Essa história, como parte da modernidade política, não é nova, visto que o motor desse curso é o fato de que a Luta pelo Direito é, sem dúvida, uma luta política; contudo, toda luta política está emaranhada na luta de classes. Os mesmos clássicos do Renascimento, na origem da Modernidade Tardia (e da ciência moderna) – (BACON, 2005), conheciam em profundidade a extensão do realismo político. Afinal, viviam em meio a ferozes guerras civis (VICO, 1999).

Se o direito foi inventado para fazer funcionar, sobretudo a partir das “correntes funcionalistas” do século XIX (DURKHEIM, 1999), atuando como regulador de papéis e de funções sociais, hodiernamente, é regulado por instabilidades, disfuncionalidades. Se o Estado, a política e o direito foram pensados para trazer estabilidade aos antagonismos políticos, hoje em dia, são recrutadas das contradições mais insolúveis que a Humanidade já criou.

As funções prescritas ao direito como “motor do processo civilizatório” e à política como civilidade, nesse breve século XXI, não dispõem dos melhores diagnósticos e nem dos prognósticos mais objetivos e claros. É fácil e oportuno perguntar: se todos estão enfermos, quem cuidará de quem? Em que pese haver uma luta continuada pelo direito, sobretudo para que haja um “acréscimo moral” no contexto de um Estado Constitucional plural e multifacetado (HABERLE, 2008), na sociedade de controle (DELEUZE, 1992), quem deveria ser controlado passa a controlar desmedidamente, sem sofrer embargos do mundo do direito (RAMONET, 2016).

10.6 PARA UMA (IN)CONCLUSÃO

Se num texto de 19 páginas o vocábulo direito foi escrito 180 vezes, é sinal de que precisa reforçar sua percepção, atuação ou será mera retórica acadêmica? Em sentido conexo, poderia igualmente sinalizar que o direito ainda se mede entre ciência e ideologia:

- Como Ciência do Direito, estaria em foco a ação realista que ampara na verificação de dados empíricos em busca da justiça.
- Como ideologia do direito, revelaria que a experiência empírica do direito não corresponde às pressuposições e ideais, pois, tanto mais reforça um sentido ideológico quanto mais é fugidia sua realidade fática, comprovável.

Quando se declara o direito não se faz no intuito de se resguardar? Se a justiça fosse uma confirmação, teria de declarar tantos direitos? Nesse caso, é fato ou invenção que um direito conquistado (por exemplo, a igualdade) precisa de outros direitos para se valer?

Se o direito assegurado precisa de outras garantias (direitos constitucionais) para se manter, por si, esse fato é uma realidade ou imposição da ideologia do direito? Se o direito é uma realidade (ciência) por que necessita tanto da crença no direito?

Se o direito é comprovável, como se pensa a partir de uma Ciência do Direito, por que recorrer a tantas garantias dadas à fruição do próprio direito (remédios jurídicos)?

Enfim, se o direito é uma experiência concreta na vida comum do homem médio (assim como as ideologias e a Lei da Gravidade) por que recorrer a tantas crenças?

Em uma linha, se o direito é real, por que se diz que é uma ficção? Qual outra ciência, além do direito, precisa de ficção para se sustentar?

Assim sendo, por 180 vezes repetir a palavra direito, como um mantra, é sinal de que se reclama um direito emancipador, civilizatório, não predatório ou um direito limitado à propriedade e aos interesses do capital especulativo?

Ao repetir 180 vezes a mesma palavra trata-se do direito como remédio jurídico ou da experiência do não direito?

Quem mais precisa do direito não é, exatamente, aquele que declama todos os dias a certeza de que “é seu direito”? Mas, se o direito é certo porque reclamar tanto sobre sua vigência?

Não é ironia; é realidade o fato de que quem mais fale sobre direito seja exatamente o que menos tenha direitos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução publicada pelo Departamento da Imprensa e Informação do Governo da República Federal da Alemanha, 1975.

ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário da cultura jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ARENDT, H. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BACON, Francis. Novum Organum & Nova Atlântida. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

BALANDIER, Georges. Antropologia política. São Paulo: Difusão Européia do Livro; Universidade de São Paulo, 1969.

BAUMAN, Zygmunt. Vigilância líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BODIN, Jean. Os seis livros da República: livro primeiro. São Paulo, Ícone, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de direito. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARDUCCI, Michele. Por um direito constitucional altruísta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CASSIRER, Ernst. O mito do estado. São Paulo: Códex, 2003.

CERVANTES, Miguel. El cerco de Numancia. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999.

CHEVALLIER, Jacques. O estado pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHOMSKY, Noam. 11 de setembro. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o estado: pesquisas de antropologia política. 5. ed. Cosac & Naify: Francisco Alves, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELEUZE, Gilles. Conversações, 1972-1990. Rio de Janeiro: 34, 1992.

DERRIDA, Jacques. Força de lei. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Umberto. Cinco escritos morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. São Paulo: Atlas, 1980.

FEST, Joachim. Hitler. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes; 1977.

GRACIÁN, Baltasar. A arte da prudência. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GRAMSCI, Antonio. Cadernos do cárcere. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

- GUATTARI, Félix. As três ecologias. Campinas: Papirus, 1991.
- GUERRA, Sidney. Curso de direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. São Paulo: UNESP, 1991.
- HABERLE, Peter. Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito. In: _____. Era das transições. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOBBS, Thomas. Leviatã. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).
- HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: 34, 2003.
- HUGO, Victor. O último dia de um condenado. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.
- IANNI, Octavio. Teorias da globalização. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- IHERING, Rudolf von. A luta pelo direito. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- JELLINEK, Georg. Teoría general del estado. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- KAFKA, Franz. O processo. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes: a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Bauru: Edições Profissionais, 2003.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LASSALLE, Ferdinand. Que é uma Constituição. 2. ed. São Paulo: Kairós, 1985.
- LOCKE, John. Carta sobre a tolerância. Lisboa: Edições 70, 1987.
- LOPES, José Reinaldo. Escavações arqueológicas acham pistas de democracia na antiga América. Folha de S. Paulo, São Paulo, 02 abr. 2017. Edição online. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2017/04/1871766-escavacoes-arqueologicas-acham-pistas-de-democracia-na-antiga-america.shtml>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

LOSURDO, Domenico. Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2002.

MALBERG, R. Carré de. Teoría general del Estado. México: Facultad de Derecho/ UNAM; Fondo de Cultura Económica, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe - Maquiavel: curso de introdução à ciência política. Brasília-DF: UnB, 1979.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Teorias do estado: metamorfoses do estado moderno. São Paulo: Scortecci, 2013.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Teoria geral do estado de direito de exceção. 2017. 200 f. Tese (Pós-Doutorado em Ciências Políticas) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Marília, 2017.

MARX, Karl. A origem do capital: a acumulação primitiva. 2. ed. São Paulo: Global, 1977.

MÉSZÁROS, István. A necessidade do controle social. 2. ed. São Paulo: Ensaio, 1989.

MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Textos históricos do direito constitucional. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1990.

NEGRI, Antonio. Multidão: guerra e democracia na era do império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

PETRARCA, Francesco. Triunfos. São Paulo: Hedra, 2006.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

RAMONET, Ignacio. El imperio de la vigilancia. Madrid: Clave Intelectual, 2016.

REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

- RIBEIRO, Darcy. As américas e a civilização: processo de formação e causas do desenvolvimento desigual dos povos americanos. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- ROBERTS, J. M. O livro de ouro da história do mundo: da pré-história à idade contemporânea. 12. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: ensaios sobre a origem das línguas. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- SÁBATO, Ernesto. Homens e engrenagens: reflexões sobre o dinheiro, a razão e a derrocada de nosso tempo. Campinas: Papirus, 1993.
- SAINT-JUST, Louis Antoine Léon. O espírito da revolução e da Constituição na França. São Paulo : UNESP, 1989.
- SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. Estado de emergência: o controle do poder em situação de crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- THOREAU, Henry David. Desobediência civil. Lisboa: Antígona, 1966.
- TOCQUEVILLE, Aléxis. A emancipação dos escravos. Campinas: Papirus, 1994.
- VERDÚ, Pablo Lucas. A luta pelo estado de direito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- VICO, Giambattista. A ciência nova. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília-DF: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1999.

Capítulo 11

OS RUMOS DA GESTÃO DAS ÁGUAS APÓS "20 ANOS DA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS"

*Flávia Darre Barbosa¹
Frederico Yuri Hanai²*

11.1 INTRODUÇÃO

A Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), Lei nº 9433, está completando 20 anos em 2017, e é inevitável refletir sobre a efetividade e a adequação dessa política de governança das águas à tão diversificada realidade e aos desafios da gestão de águas no Brasil.

Atualmente convivemos, no Brasil, com diversos conflitos e desafios relacionados à gestão da água: os problemas de escassez hídrica em diversas regiões; a má qualidade da água de forma praticamente generalizada nos corpos hídricos; a grande degradação dos mananciais; os eventos extremos que alternam entre grandes secas e cheias avassaladoras; as crises no setor hidroviário e nas negociações incansáveis com a operadora hidrelétrica; a alocação de água e as disputas judicializadas em diversos estados brasileiros; as questões relativas à dupla dominialidade dos cursos de água; a dificuldade de integrar a gestão dos recursos; os problemas de saúde relacionados à veiculação hídrica e ao saneamento ambiental.

Partindo de uma questão retórica, há de se pensar os motivos pelos quais o aparato institucional existente na PNRH não está conseguindo contemplar todos os desafios, conflitos e problemas, que podem ser tomados como crises, há anos recorrentes, na gestão dos recursos hídricos. Dentre os possíveis motivos, têm-se aqueles relacionados à participação social, à descentralização e à integração da gestão dos recursos hídricos em bacias hidrográficas.

Jacobi e Fracalanza (2005) consideram que a descentralização trata da adoção da bacia hidrográfica como unidade de gestão, a participação diz respeito às relações esta-

¹ Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Ciências Ambientais. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, Brasil.

² Professor no Departamento de Ciências Ambientais, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, Brasil.

belecionadas entre órgãos governamentais e sociedade civil no processo de gestão, e a integração é admitir os usos múltiplos levando em conta a qualidade e quantidade da água.

Complementando, a descentralização não só trata da adoção da bacia hidrográfica como unidade de gestão, como também das relações verticais e horizontais, de autonomia, competência e complementaridade, entre as esferas federativas que compõem o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

A participação, por sua vez, também trata de considerar desde a institucionalização de espaços colegiados, onde debatem sociedade civil, usuários de água e poder público, como também o tipo de representação que está sendo realizada nestes espaços, como os representantes foram escolhidos, qual a qualidade da representação, entre outros fatores.

E a gestão integrada, é uma forma de gestão que também deveria levar em conta o diálogo dos instrumentos e objetivos das políticas de gestão pública, integrando diferentes escalas e recortes espaciais.

Assim, estas abordagens refletem na essência da PNRH, cujas reflexões sobre a sua concepção baseada em modelos europeus e no contexto temporal quando foi elaborada, emergem indagações e questionamentos, induzindo a uma necessidade de revisá-la ou mesmo de verificar se as transformações, a capacidade (participativa e representativa), a estrutura institucional e o sistema gerencial advindos do processo de sua implementação tem sido adequadamente desenvolvidos.

Ademais, admitindo que os fatos sociais estejam em constante transformação, que o espaço é efêmero, que o meio natural possui sua própria dinâmica e que ao mesmo tempo transforma-se a partir da dinâmica social, é de extrema importância e urgência refletirmos sobre a revisão e o aprimoramento desta política.

Entretanto, este pensar não é aleatório. Ele diz respeito à compreensão do contexto em que a PNRH foi concebida e, em um exercício reflexivo, pretende discutir os futuros caminhos possíveis para a efetivação dos preceitos de participação social, descentralização e integração da gestão das águas.

Alves e Pereira (2005) já destacavam que, abordar o contexto em que foi criada a PNRH é uma tarefa que exige levar em consideração os ciclos econômicos da história do país, as demandas setoriais e os atores, as mudanças nas Políticas Públicas referentes

à participação e democracia, às maiores demandas pelo uso da água, ao agravamento das situações de escassez e a piora da qualidade dos recursos hídricos. Destarte, para analisar a PNRH devem ser considerados todos esses elementos, que repousam em uma tentativa de implantar uma governança multinível na realidade brasileira.

11.2 CONCEPÇÃO, CONTEXTO E DESDOBRAMENTOS DA PNRH

Em 1997, quando foi instituída a Política Nacional de Recursos Hídricos, o palco estava montado com um cenário diversificado, e que trazia elementos de cenas históricas distintas. De um lado, atuavam ainda os atores que reforçavam o modelo centralizado e tecnocrático de gestão dos recursos hídricos, quando estes recursos eram considerados propriedades de domínio privado.

De outro lado, estavam os atores que discutiam a necessidade de se pensar em uma gestão horizontal, descentralizada, participativa e integrada, com forte arcabouço institucional que deveria implementar tais concepções, e que já vinha se desenvolvendo em diversos estados brasileiros, como São Paulo, Rio Grande do Sul, Ceará. Mas é preciso voltar um pouco nesta história de mudança política para compreender os fatos.

Um dos principais acontecimentos políticos, que abriu espaço à discussão dos novos princípios democráticos para a PNRH, foi o processo de re(democratização) que culminou na Constituição de 1988, sobretudo quando esta determina que as águas do território nacional passariam a ser de domínio público, e estabelece o Sistema Nacional de Recursos Hídricos com critérios de outorga e direitos de uso da água (BARBOSA et al, 2016; PEREIRA; ALVES, 2005; CAMPOS; FRACALANZA, 2010).

Mas, tais mudanças na gestão dos recursos hídricos não ocorreram em um ato "de improviso" durante a formulação da Constituição de 1988. Ao contrário, foi gradual e teve início com o primeiro Código das Águas em 1930. Considerado burocrático, os instrumentos de gestão do Código eram sobretudo instrumentos que se pautavam no comando e no controle, tais como o princípio poluidor-pagador. Mesmo assim, o Código das Águas é um marco importante da legislação, uma vez que foi o primeiro a estabelecer um marco jurídico para a água no país. (ALVES; PEREIRA, 2005; PORTO et al., 2012; CAMPOS; FRACALANZA, 2010).

Nos 20 anos que seguem o Código das Águas a gestão dos recursos hídricos era compartimentada, e priorizava os usos setoriais, sobretudo para o avanço do sistema hidrelétrico brasileiro. A gestão no período era centralizada no governo federal e não permitia a participação e o controle social. Também demandava um avanço em bases científicas e capacitação técnica, a fim de estabelecer um inventário dos recursos hídricos no país. (ALVES; PEREIRA, 2005).

Durante todo o período da ditadura militar, especialmente na década dos anos 60, em uma tentativa de valorização do aparato institucional brasileiro e fortalecimento interno da economia e conseqüentemente dos recursos naturais considerados no período como fundamentais fontes de matéria prima, que aconteceram avanços na gestão. Tal fato é comprovado pela criação do DNAE- Departamento Nacional de Águas e Energia, ligado ao Ministério de Minas e Energia criado na década anterior.

A centralização na gestão de recursos hídricos é acentuada por conta da criação do Departamento Nacional de Águas e Energia (CAMPOS; FRACALANZA, 2010). A ambigüidade da função do DNAE passa a ser outra curiosidade na gestão. Este órgão era o responsável ao mesmo tempo por gerir as águas e dar a concessão ao setor que mais interfere na vazão dos rios, comprometendo muito a perspectiva dos usos múltiplos dos Recursos Hídricos (BRASIL, 2007). E esta ambigüidade compõe grande parte das crises ainda existentes.

Foi também na década de 60 que foram criados os primeiros Comitês Especiais de Estudos Integrados de Bacias, como CEEIVAP- Comitê Executivo de Estudos Integrados da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, CEEIGRANDE- Comitê Executivo de Estudos Integrados da Bacia do Rio Grande, o Comitê do Alto Tietê para a melhoria das condições sanitárias das bacias do Alto Tietê e Cubatão e Relatório Hibrace/DAEE. Nesta década também foi realizada a Discussão de um Plano Nacional de Desenvolvimento, e a preocupação com normas técnicas de qualidade de água, mostrando os primeiros sinais de uma gestão integrada, mesmo que ainda centralizada no governo federal e nos Estados.

Vale destacar a importância do Comitê Alto Tietê como o pioneiro nos aspectos da gestão dos recursos hídricos, tendo a bacia hidrográfica como unidade de Gestão. Este comitê tinha como objetivo principal alcançar melhorias sanitárias na Bacia do Tietê e

Cubatão a partir da operação das estruturas hidráulicas de geração de energia (BRASIL, 2007). Os Comitês criados nesse período eram compostos exclusivamente pelo poder público e técnicos estatais. Tais comitês paralisaram suas atividades precocemente, voltando a existir somente no final da década de 80, porém com outra configuração e função.

Segundo Tucci et al. (2001), entre os anos de 1940 a 1980 a turbina na gestão dos recursos hídricos girava em torno das hidrelétricas, à medida que aumentavam os problemas de poluição dos cursos de água e os problemas urbanos das enchentes e abastecimento.

Nos bastidores da ditadura estavam os movimentos sociais em prol do meio ambiente e do avanço da democracia, que refletiam as luzes também na direção dos recursos hídricos, ampliando a discussão para a necessidade de considerar os usos múltiplos da água, integrando a discussão institucional com a discussão técnica.

O fim do período militar e a reestruturação do Estado somaram à esta discussão a abertura da gestão para os stakeholders, colocando a participação e o controle social como parte da gestão. Estados começam a articular suas legislações sobre recursos hídricos.

O precursor a formular uma Política Estadual de Recursos Hídricos foi o Estado de São Paulo, que se baseou no modelo francês de gestão e que posteriormente foi também a inspiração para a PNRH.

Na França, o modelo descentralizado de gerenciamento foi embasado na repartição da águas e na luta contra a poluição, tal modelo criado em 1964, pela Lei 64-1245, que dividiu o território francês em 06 grandes bacias hidrográficas, para resolver os problemas relativos à gestão (CAMPOS; FRACALANZA, 2010; MACHADO, 2003).

Interessante contrapor a visão que traz Martins (2008) sobre a adoção da bacia hidrográfica na França como a solução para a gestão. Martins nos mostra que, na realidade se esconde por de trás de um discurso supostamente técnico e neutro ao adotar a bacia hidrográfica como unidade de gestão, disputas políticas e interesses distintos, com estratégias de dominação e persuasão social, com a presença hegemônica de politécnicos nas disputas no que concerne às decisões de gestão.

Mas, para além da adoção da bacia hidrográfica como unidade de gestão, e pelo fato desta ser considerada um sistema que integra todos os elementos bióticos, abióticos, culturais e sociais do meio, o modelo Francês previa a execução de planos plurianuais no âmbito da bacia e a cobrança direta dos usuários de água. Para que tudo isso funcionasse, foram estabelecidos organismos locais e nacionais de gestão, que são os Comitês de Bacia e Comitê Nacional de Bacia, Agências de Bacia e Conselho de Administração da Agência (CAMPOS; FRACALANZA, 2010).

É imprescindível ressaltar que para cada uma das bacias delimitadas foi criado um Comitê de Bacia e uma Agência de Bacia, que a partir de 1991, com a reformulação da Lei francesa, passaram a chamar Agências de Água (MACHADO, 2003) e a gestão passou a ser mais descentralizada, instituindo dois níveis de planejamento: um realizado no nível das seis agências de bacia com os conselhos e estado; e outro realizado no nível local, em pequenas bacias, em que participam conselhos, comissões locais, usuários e serviços estatais (CAMPOS; FRACALANZA, 2010).

Para Campos e Fracalanza (2010), o sucesso do modelo francês é ocasionado pela somatória da descentralização, da negociação entre diversos atores e da criação de um sistema de financiamento que considera essencial a cobrança pelo uso e pela descarga de efluentes. Acrescenta-se ao êxito do modelo francês, a experiência histórica e evolutiva do processo cidadania e participação social na França, além do fortalecimento do sistema institucional e da capacidade representativa dos envolvidos na gestão de águas neste país.

As Agências de Água possuem papel fundamental no processo descentralizado e participativo de gestão do modelo francês, segundo diversos autores. Retomando Martins (2008), para compreender a efetividade das Agências de Bacia é necessário compreender todo o aparato que está na formação dos gestores da água na França. De forma resumida, pode-se dizer que o princípio da gestão ambiental francesa, e por consequência da água, pautava-se no equilíbrio entre receitas e despesas, entrando as redevances no planejamento orçamentário, e afastando-a do seu caráter modulador que deveria ter o Princípio Poluidor Pagador. (MARTINS, 2008). Então pode ser inferido que as Agências de Bacia atuam como reguladoras da gestão, que tem sua base a valoração dos recursos.

De qualquer forma, a França adotou um modelo endógeno de gestão dos recursos hídricos, e no Brasil este modelo endógeno também precisa ser questionado, principalmente no que tange a questão da distribuição dos recursos oriundos dos instrumentos de cobrança dos recursos hídricos.

No Brasil, a tentativa de criar este sistema endógeno de gestão de recursos hídricos, e a concepção de descentralização, a participação e ações integradas da PNRH são possibilitadas pelo Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), que integra as instituições que serão fundamentais à gestão, como: o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, a Agência Nacional de Águas; os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal; os Comitês de Bacia Hidrográfica; os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos, as Agências de Água.

Vale ressaltar que, apesar da institucionalização destes entes e da estrutura de gerenciamento nos diversos âmbitos e esferas da gestão de recursos hídricos no Brasil, sempre houve a insuficiência de recursos, tanto financeiros como pessoais para a efetivação destas instituições e conseqüentemente do sistema estrutural de gestão.

Ponto chave, diferente da gestão francesa, as Agências de Água que exercerão a função de secretaria executiva do respectivo - ou respectivos - Comitês de Bacia Hidrográfica, e terão a mesma área de atuação de um ou mais Comitês de Bacia Hidrográfica, não foram totalmente implementadas.

No ano de 2000, cria-se, no Brasil, a Agência Nacional de Águas - ANA- que subordinada a PNRH possui a missão de executar e coordenar a gestão integrada e compartilhada dos recursos hídricos, fazer a regulação e disciplinar a utilização dos rios e lagos de domínio da União, e implementar o SINGREH em parceria com os governos estaduais e municipais, os usuários de água e a sociedade civil organizada (BRASIL, 2017; ALVES; PEREIRA, 2005) e dar suporte técnico aos entes da gestão.

Mas, passados 20 anos da instituição da PNRH, nem todos os Estados da Federação possuem Comitês de Bacia e nem tampouco Agências de Bacia, e já se fala em outros arranjos institucionais para a gestão. O "atraso" na implementação do SINGREH vai à contramão da descentralização, atribuindo à ANA uma abordagem top-down.

Até o ano de 2015, existiam 206 Comitês de Bacia, considerando instalados e em fase de instalação, e nove Comitês de Bacia de domínio interestadual. Um total de dez entidades exerciam o papel de Agências de Bacia, considerando as bacias de domínio da interestadual e estaduais, e três órgãos gestores estaduais exercem o papel das agências (BRASIL, 2016). Tais dados perduram até o momento em que foi escrito este texto, em 2017.

Em 2015 a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2015) fez um estudo sobre a Governança dos Recursos Hídricos no Brasil. O relatório aponta diversas lacunas da gestão, tais como: a falta de praticidade dos planos de bacia que são instrumentos importantes de gestão; o problema da dominialidade das bacias e dos trechos dos rios; a falta de diálogo institucional; a cobrança pelo uso da água que raramente se baseia em estudos de acessibilidade ou em avaliação de impacto; a disponibilidade insuficiente de dados e informações; e a limitada capacidade dos comitês de bacia que acabam desempenhando papel apenas de defensores e não construtores de consenso para orientar a tomada de decisões (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE, 2015).

Em 2007, na comemoração dos 10 anos da PNRH foi elaborado o relatório GEO-Brasil dos Recursos Hídricos. Este documento identifica e apresenta os problemas principais que ainda persistem na gestão e para a efetiva implementação da Lei. Já na época, a cobrança era apontada como um grande problema, uma vez que não estava vigorando em todos os Comitês e, os recursos provenientes não eram direcionados para a bacia.

Outro ponto importante levantado no documento GeoBrasil é a questão da discussão das relações federativas, que também é recorrente mesmo após os 20 anos da PNRH. As definições pouco claras das funções entre União, Estados e Municípios se refletem, por exemplo, nas arbitragens das crises em relação a escassez e dupla dominialidade.

Em resumo, o contexto social, histórico e econômico em que foi criada a PNRH favoreceu as concepções de descentralização, participação e integração. Mas os desdobramentos ocorridos após a criação da PNRH demonstram as fragilidades para a efetivação destas concepções.

Então, a pergunta que fica é: como integrar e compatibilizar os níveis administrativos, considerando os instrumentos e objetivos da PNRH, para uma gestão verdadeira-

mente efetiva e que fortaleça as concepções principais desta política de ser descentralizada, participativa e integrada?

11.3 MOTIVOS PARA APERFEIÇOAR A POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS

É de conhecimento comum aos órgãos e instituições responsáveis pela gestão dos recursos hídricos, sociedade civil e usuários de água, que diversas regiões do país sofrem há tempo pela falta de água, problemas de abastecimento, problemas com a qualidade da água, ou problemas relativos a tentativa dos Estados em se adequar a lei estabelecida em 1997, considerando a gestão integrada de todos os entes do SINGREH.

Fracalanza e Freire (2016) citam o exemplo do problema da crise de abastecimento de água que atingiu a Região Metropolitana de São Paulo (RMSP) no ano de 2014, em função da diminuição da vazão do sistema Cantareira, para demonstrar que há uma crise anunciada de governança da água em situações de conflito e, sobretudo escassez. Neste caso específico, as autoras discorrem que a falta de transparência, de uma gestão integrada entre os Comitês de Bacia com outros órgãos responsáveis, e que a decisão centralizada e não participativa para a gestão da crise, demonstram uma fragilidade institucional da PNRH.

A crise na RMSP, conforme discorrem Fracalanza e Freire (2016), a princípio teve uma arbitragem centralizada na ANA, DAEE e SABESP, com posterior envolvimento do Ministério Público, Federal e Estadual, por conta da falta de decisão destes órgãos gestores diante da crise. (FRACALANZA; FREIRE, 2016)

A partir do exemplo da forma de resolução de crise adotado na RMSP, pode-se afirmar que os mecanismos de descentralização na gestão dos recursos hídricos, instituídos pela Política Nacional de Recursos Hídricos, demonstram grande vulnerabilidade, uma vez a atuação na gestão em situação de crise precise ocorrer em uma ordem top-down. Salvaguarda as responsabilidades das instituições gestoras sobre fiscalização e outorga, não deveria faltar a articulação entre todos os atores envolvidos de forma pretérita a instalação da crise, e as funções federativas deveriam já estar mais efetivas, passados os 20 anos da PNRH.

A bacia hidrográfica do rio São Francisco é outro exemplo que pode ser citado com relação aos problemas de falta de efetividade e avanço na gestão dos recursos hídricos, considerando a concepção da PNRH. Nesta bacia hidrográfica, as realidades ao longo do curso do rio se apresentam tão distintas, com demandas e usos de água concorrentes. Tal bacia é caracterizada por eventos hidrológicos que alternam entre períodos de estiagem e cheias, sérios problemas relativos à qualidade da água, transposições de águas em bacias hidrográficas e divergências na gestão e prioridade dos Estados que integram a bacia. Além disso, predomina nesta bacia a atuação e o domínio do setor hidroelétrico, prevalecendo ainda visões setoriais na gestão (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE, 2015)

Conforme destaca a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2015), nesta bacia existe a necessidade de avaliar quais arranjos institucionais seriam adequados para: coordenar uma gestão multinível, considerando todas as complexidades existentes; abranger a descentralização considerando a questão da dominialidade; fortalecer a participação, sobretudo nos Comitês de Bacia, a partir de discursos tão diferenciados.

Nesta, como em outras bacias, a concepção da Política Nacional de Recursos Hídricos precisa ser resgatada. Este resgate exige esforços que estão além da efetivação dos instrumentos da própria política e referem-se à configuração e ao exercício de uma democracia representativa no processo de gestão, sob o ponto de vista de existirem outros mecanismos verdadeiramente representativos e participativos.

De forma geral, para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2015), a participação na gestão dos recursos hídricos ainda não se concretizou, apesar de ser uma questão proeminente. A falta de clareza entre as funções deliberativas e consultivas dos Comitês de Bacia repousa no legado da chamada democracia participativa, que se encontra sob o olhar de desconfiança social em relação as autoridades públicas, e que esta é um enfraquecedor da democracia direta representativa (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE, 2015).

Segundo Bobbio (1986, p. 43 et seq.),

A expressão "democracia representativa" significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à

coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade.

[...]

É verdade que nem toda forma de democracia é representativa (daí a insistência sobre a democracia direta), mas também é verdade que nem todo estado representativo é democrático pelo simples fato de ser representativo.

[...]

Para que exista democracia direta no sentido próprio da palavra, isto é, no sentido em que direto quer dizer que o indivíduo participa ele mesmo nas deliberações que lhe dizem respeito, é preciso que entre os indivíduos deliberantes e a deliberação que lhes diz respeito não exista nenhum intermediário.

[...]

Um sistema democrático caracterizado pela existência de representantes substituíveis é, na medida em que prevê representantes, uma forma de democracia representativa, mas aproxima-se da democracia direta na medida em que admite que estes representantes sejam substituíveis. [...] Democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente. Com uma fórmula sintética, pode-se dizer que num sistema de democracia integral as duas formas de democracia são ambas necessárias mas não são, consideradas em si mesmas, suficientes.

No Brasil, o processo de "alargamento da democracia" está intimamente relacionado à criação de espaços públicos e à crescente participação da sociedade civil nas tomadas de decisões de políticas públicas. Mas para que a democracia se concretize é preciso ocorrer um movimento de constante diálogo entre Estado e sociedade civil, em que o princípio de participação da sociedade, de forma ativa e propositiva, é peça central (DAGNINO, 2004).

Mas ainda não foi alcançada a democracia verdadeiramente participativa no Brasil. A democracia brasileira repousa no viés representativo neoliberal, proporcionado pelo sufrágio universal. No Brasil, o avanço desta forma de organização do Estado permitiu a confusão do público com o privado, e enfraquecendo as instituições, enfraqueceu a capacidade dos indivíduos de se reconhecerem como parte da sociedade, prevalecendo no país o "mandatonismo local" (RIBEIRO, 2015). Para Ribeiro (2006) os males da democracia brasileira são estruturais. Ademais, a democracia que se está construindo no país é uma democracia elitista e restrita (DAGNINO, 2004).

Ainda na questão da participação, deve-se pensar sobre quais mecanismos podem contribuir para uma efetiva participação de todos os segmentos em nível de igualdade para a gestão dos recursos hídricos, já que este foi um dos grandes avanços ocorridos nos últimos 20 anos da instituição da PNRH. Zahed Filho et al. (2012) destaca o moderado e sólido arcabouço para a gestão, com adequados instrumentos da PNRH, em que diferentes atores devem estar articulados para que se faça uma gestão realmente integrada.

Um importante mecanismo de destaque para promover esta articulação é o Comitê de Bacia. Barbosa et al. (2016) apontam que os Comitês de Bacia são espaços essencialmente representativos, e que a legitimidade de representação de cada segmento, nestes espaços "pode ser questionada por diversos critérios, inclusive o critério de escolha dos representantes, sendo necessárias considerações e reflexões sobre a qualidade da representação na estrutura formadora do conceito de representatividade" (BARBOSA et al., 2016, p. 46) e que apesar das estruturas institucionais garantirem a participação, ainda não existe um mecanismo na PNRH que possa qualificar esta participação.

Apona-se aqui uma reflexão relevante sobre as consequências decorrentes do processo de implementação da PNRH. A PNRH exigiu a criação, a estruturação, o desenvolvimento e o funcionamento dos conselhos, agências, órgãos relacionados à gestão dos recursos hídricos para integração e articulação no Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Para isto, foram necessários a definição e o exercício das representações de cada instituição envolvida, assim como a aprendizagem de atribuições e funções específicas para o exercício da democracia nos espaços de tomada de decisões. A capacidade individual e a qualidade de representatividade foram (e estão sendo) exigidas para a efetivação da atuação deste arranjo institucional no Brasil (diferentemente da capacidade consolidada, experiente e já instituída pelo modelo francês).

Essa situação (corrente até o momento) tem exigido o aprendizado e a "experiençiação" durante o processo, cujos resultados são alcançados de forma progressiva, mas lenta e nem sempre adequada. Observa-se a fragilidade da estrutura institucional e a relativa inexperiência do exercício democrático, participativo e cidadão nas instâncias que compõem o Sistema Gerenciamento implementado, e que a PNRH exige nos seus preceitos básicos (integração, participação e descentralização).

Desde o ano de 2010 vem sendo construído um esforço em toda a Bacia Hidrográfica do Rio Grande - SP/MG - para a formalização do Comitê de Bacia Hidrográfica (CBH) Grande Federal. Atualmente as ações estão avançadas, e o CBH Grande Federal está instituído e elaborando o seu primeiro Plano de Bacia com supervisão e apoio da ANA.

Contudo, fazer a gestão integrada, descentralizada e participativa em uma bacia de tamanha ordem está se mostrando um grande desafio, principalmente pela diversidade temporal da adoção e execução dos instrumentos de gestão nas bacias afluentes e, por conta da questão da dupla dominialidade entre São Paulo e Minas Gerais em alguns cursos d'água afluentes.

Então, a instrumentalização que trouxe a PNRH não é suficiente sem que exista um diálogo amplo, transparente e integrado entre todos os entes envolvidos na gestão. Corre-se o risco dos problemas de gerenciamento neste Comitê se tornarem repetitivos, como os apontados no GEOBrasil (BRASIL, 2007) e Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2015), e ainda todas as ações serem centralizadas na Agência, e como consequência, a abordagem bottom-up que deveria existir, passa a não existir.

A Bacia Hidrográfica do PCJ (Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá) instituiu a cobrança pelo uso da água em 2007 em praticamente toda a bacia de domínio do estado. Esta bacia possui uma Agência de Bacia desde o ano de 1998, aprovada após uma longa tramitação que data de 1993, e também possui um Consórcio dos municípios da bacia desde 1989. O Comitê de Bacia PCJ Estadual foi criado em 1991, e o plano de bacia é o pioneiro no Estado de São Paulo.

Portanto, todo o aparato institucional, que posteriormente viria com a PNRH, está instituído na bacia PCJ mesmo antes desta política. Ainda assim, a bacia convive com graves problemas relacionados a qualidade da água, outorga, integração dos planos municipais de gestão com os planos de bacia, dentre outros. Destarte, os objetivos e concepções da PNRH não vêm sendo efetivados nesta bacia.

Em 2011, a ANA lança mão do Programa de Consolidação do Pacto de Nacional de Gestão das Águas, como um instrumento para melhorar a "integração entre os sistemas de recursos hídricos nacional e estaduais, promover a convergência entre o desempenho

dos sistemas estaduais e reduzir as discrepâncias regionais de governança da água" (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE, 2015, p. 25).

Como mecanismo de incentivo no programa, foi instituído o PROGESTÃO, que repassaria recursos para os estados que tivessem suas metas atingidas (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE, 2015). Os principais objetivos são: a) promover a efetiva articulação entre os processos de gestão das águas e de regulação dos seus usos, conduzidos nas esferas nacional e estadual; e b) fortalecer o modelo brasileiro de governança das águas, integrado, descentralizado e participativo (BRASIL, 2017). O programa tem adesão voluntária.

Em primeira análise, a necessidade de um mecanismo de incentivo financeiro, como é o caso do PROGESTÃO, para consolidar metas que já deveriam ser vistas como obrigação dos Estados, de acordo com a PNRH, demonstra que os mecanismos de descentralização e as estruturas existentes para a gestão estão em discrepância e reafirma os desafios apontados em diversos estudos anteriores.

Jacobi e Fracalanza (2005) já em 2005 apontavam como desafios para a efetivação da gestão de recursos hídricos integrada, descentralizada e participativa, a operacionalização e a implementação do sistema e instrumentos de gestão, considerando o pacto federativo socioambiental.

Passados dois anos da análise feita pela autora e autor acima citados, o relatório GeoBrasil (BRASIL, 2007) aponta como um grande desafio a integração das políticas instituídas nos estados com a União e municípios e a operacionalização dos instrumentos de gestão como um todo, e não somente os de comando e controle.

Passados 20 anos do relatório, a operacionalização e implementação do sistema e os instrumentos de gestão ainda são desafios para a gestão. Ocorreram avanços, mas é preciso investigar o direcionamento destes avanços, e, além disso, é preciso investigar de que forma estes avanços estão sendo avaliados e por quais motivos.

Diante das várias situações que foram expostas sobre diferentes estágios de gestão e implementação da PNRH em bacias hidrográficas no Brasil, ressaltamos que este texto não tem a pretensão de responder aos problemas apresentados, e sim revelar reflexões

sobre qual percurso dos acontecimentos estamos desenvolvendo, e sobre a necessidade de aperfeiçoamento da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Frente a estas colocações, surgem as seguintes questões indagadoras e reflexões motivadoras:

Devemos caminhar para atender as necessidades reais da concepção descentralizada, integrada e participativa, e, portanto a PNRH deve ser reformulada conforme estas necessidades, ou será que uma possível e necessária reformulação irá seguir pelo mesmo curso dos interesses setoriais e centralizadores de gestão?

Os rios irão correr rumo a mudanças efetivas e verdadeiras adequações, que serão vistas daqui a 10 ou 20 anos, ou serão discutidas adequações predestinadas a naufragar?

Quem deverão ser os atores envolvidos em uma possível reformulação da Política, a fim de que esta ação seja amplamente participativa, ou iremos copiar as velhas discussões centralistas e autoritárias, em que a participação da sociedade é restrita e não valorizada?

Manteremos a situação vigente do envolvimento e participação social para o atendimento apenas dos preceitos legais da gestão da água, ou viabilizaremos reais condições para o exercício efetivo da Democracia Participativa e Direta nas relevantes futuras discussões sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos?

REFERÊNCIAS

ALVES, R. F. F.; PEREIRA, D. S. P. Gestão dos recursos hídricos no Brasil: evolução e panorama atual: desafios, estratégias e experiências. Brasília: Global WaterPartnership South America; Asociación Mundial Del Agua SAMTAC; Comité Técnico Asesor Sud América, 2005.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente - MMA. Agência Nacional de Águas - ANA. Conjuntura dos recursos hídricos: informe 2016. Brasília: ANA, 2016.

_____. Missão e agências de água. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. de 2017.

_____. ANA.. GEO Brasil: recursos hídricos. Brasília: MMA; ANA, 2007.

BARBOSA, F. D; HANAI, F. Y; ROMERA E SILVA, P. A. Participação, representação e representatividade no processo de tomada de decisão em Comitês de Bacia Hidrográfica: conceitos, reflexões e discussões. *Revista Sustentabilidade em Debate*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 34-46, dez./2016. Disponível em <<http://periodicos.unb.br>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BOBBIO, N. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CAMPOS, V. N. O.; FRACALANZA, A. P. Governança das águas no Brasil: conflitos pela apropriação da água e a busca da integração como consenso. *Ambiente & Sociedade*, Campinas, v. XIII, n. 2, p. 365-382, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

DAGNINO, E. Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. *Política e Sociedade*, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 139-164, out. 2004.

FRACALANZA, A. P.; FREIRE, T. M. Crise da água na Região Metropolitana de São Paulo: injustiça ambiental, privatização e mercantilização de um bem comum. *Geosp: Espaço e Tempo*, São Paulo/SP, v. 19, n. 3, p. 464-478, 2016.

JACOBI, P. R.; FRACALANZA, A. P. Comitês de bacias hidrográficas no Brasil: desafios de fortalecimento da gestão compartilhada e participativa. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Editora: UFPR, Curitiba/PR, n. 11-12, p. 41-49. jan./dez. 2005.

MACHADO, C. J. S. A gestão francesa de recursos hídricos: descrição e análise dos princípios jurídicos. *Revista Brasileira de Recursos Hídricos*, Porto Alegre/RS, v. 8, n. 4, p 31-47, dez. 2003.

MARTINS, R. C. Sociologia da governança francesa das águas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo/SP, v. 23, n. 67, p. 83-100, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE Governança dos recursos hídricos no Brasil. Paris, 2015. Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20150902_OCDE-GovernancadosRecursosHidricosnoBrasil.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

PORTO, R. L. Fundamentos para gestão da água. São Paulo: [s. n.], 2012.

PORTO, M.F.A; MARTINS, J.R.S; FILHO, K.Z. PHA2537 – Água em Ambientes Urbanos. Coleção Águas Urbanas.Fascículo 2: Gestão de Recursos Hídricos. Escola Politécnica da Universidade de São Paulo Departamento de Engenharia Hidráulica e Ambiental– PHA. São Paulo/SP, 2012. 17p.

RIBEIRO, G. Estado, economia e democracia no Brasil atual: Nota Crítica. Espaço e Economia: Revista Brasileira de Geografia Econômica, Universidade Estadual do Rio de Janeiro- UERJ, Rio de Janeiro/RJ, ano III, n. 6, p. 01-07, 2015.

TUCCI, C. E; HESPANHOL, I; NETTO, O.M.C. Gestão da Água no Brasil. Brasília: UNESCO, 2001. 156p.

ZAHED FILHO, K. et al. PHA2537: água em ambientes urbanos. São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2012. (Coleção Águas Urbanas).

Capítulo 12

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE PEQUENAS EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA, EM SÃO CARLOS, SP: um estudo sob a ótica da teoria da estruturação de Giddens

Luciana Helena Crnkovic¹

12.1 INTRODUÇÃO

No contexto das pequenas empresas, as de base tecnológica merecem atenção. Santos (2009) postula estarem as PEBTs na fronteira da inovação, empenhadas no desenvolvimento de projetos, novos produtos ou processos baseados na aplicação sistemática de conhecimentos científicos e tecnológicos, assim como na utilização de técnicas modernas e sofisticadas. Rasesa e Balbinot (2010) as enxergam como empresas focadas na inovação tecnológica com base em processos que incorporam atividades técnicas, de projeto, de fabricação e gerenciais necessárias à comercialização de um novo (ou significativamente melhorado) produto, processo ou equipamento. Desenvolvendo produtos com alto valor agregado, essas empresas ganham importância no cenário econômico e social do país.

Este artigo busca utilizar a TE de Giddens (1999; 2009) como aporte conceitual para compreender o ambiente em que as empresas de base tecnológica estão inseridas. Entende-se que ao apresentar uma reestruturação da dicotomia indivíduo/sociedade em termos da dualidade de sua estrutura, torna-se um aporte intelectual capaz de ajudar na compreensão da relação entre empreendedores e PEBTs e, destes com o ambiente no qual se desenvolvem.

Estudos indicam que as pequenas empresas dependem do ambiente e das políticas públicas de apoio para desenvolver sua estrutura, estratégias, formas de empreender e de administrar (TORRES, 2011; TERENCE, 2008; ESCRIVÃO FILHO et al., 2005; TORKOMIAN, 1997). De fato, é incontestável a importância do ambiente no desen-

¹ Doutora, Curso Administração - UNICEP

volvimento das PEBTs dependentes de fatores externos diversos para sobreviver e para prosperar. Entretanto, discorrer sobre ambiente de negócios é discutir um tema amplo, repleto de nuances e de interpretações.

Na Teoria da Estruturação, procurando entender o ciclo estrutura - ação dos agentes humanos, Giddens (1999; 2009) oferece subsídios que permitem analisar o todo social. A estrutura age sobre os indivíduos e instituições que por sua vez, de modo recursivo age sobre a estrutura. Ao analisar a recursividade dentro do contexto das PEBTs torna-se possível entender o processo de criação e de manutenção dessas empresas considerando suas especificidades de gestão e a competência dos agentes no processo. Estas manifestações podem ser analisadas pelos indivíduos durante todo o tempo, como um resultado das interações nos espaços sociais.

A ideia de estrutura formulada por Giddens (2009) abrange um conjunto de regras que podem ser agrupadas em duas dimensões com dois construtos cada: aspectos estruturais (elementos normativos e códigos de significação) e recursos (impositivos e alocativos) inter-relacionados de modo recursivo, na reprodução social. A TE contribui de forma a compreender a busca de “reconciliação entre ação e coletividades” (COHEN, 1999, p. 395) pela forma como se processa o ciclo estrutura - ação.

Esse processo é descrito por Giddens (2009) como a estruturação em si mesmo, configurada no que o autor denomina dualidade da estrutura, o meio e o resultado da conduta que ela recursivamente organiza. Importante ressaltar que apenas se chega aos aspectos recursivos impositivos ou alocativos, porque os aspectos normativos e os códigos de significação assim os permitem.

Esta visão, quando transportada para a perspectiva da gestão pode contribuir como modelo explicativo do processo de criação, desenvolvimento e manutenção de políticas públicas voltadas para as PEBTs. Para investigar essa possibilidade foi desenvolvido um roteiro de pesquisa inédito formado pelos quatro construtos da TE. Aplicada à realidade das pequenas empresas de base tecnológica de São Carlos esse quadro teórico favorece a compreensão das atividades sociais dessas empresas, da ação de seus atores, dos códigos de significação ligados a eles, das vantagens e desvantagens desse processo. Sua análise deverá ser útil para direcionar esforços que favoreçam o desenvolvimento e a gestão das PEBTs, não só na alçada privada como, também pública. Diante

do exposto, formulou-se a questão de pesquisa Qual a influência dos fatores estruturais e recursivos sob a ótica da Teoria da Estruturação de Giddens para o desenvolvimento das PEBTs de São Carlos?

O artigo está estruturado da seguinte forma: a seguir uma revisão da literatura de suas partes componentes, o método de investigação empírico utilizado, os principais resultados e discussão e as considerações finais.

12.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO NO CONTEXTO DAS PEBT

A criação de políticas no campo da ciência, tecnologia e inovação apresenta-se como fator importante em um cenário de alta competitividade internacional, revelando-se como forte indutor do desenvolvimento socioeconômico de países e regiões (ROCHA; FERREIRA, 2004). Assim, além de reconhecer e implementar tais políticas é necessário promover uma articulação positiva entre elas, pensando em termos de políticas industriais, de ciência e tecnologia e de inovação que possam promover a capacidade das empresas de se adaptarem ao ambiente de rápidas mudanças, buscando estreitar os laços com os países situados na fronteira tecnológica (FELIPE; PINHEIRO; RAPINI, 2011).

Entre as diversas ações que buscam alavancar a inovação e o desenvolvimento tecnológico está a promoção de pequenas empresas de base tecnológica (PEBTs). Essas empresas, conforme Cheng et al. (2007), podem ser vistas como as grandes empresas do século XXI e como um dos principais motores do progresso, não só científico, mas social e econômico das nações. As EBTs, em especial, quando inseridas em incubadoras de empresas passam a compartilhar de um ambiente favorável ao desenvolvimento de tecnologias e outras vantagens, tais como melhores acessos às universidades e centros de pesquisas, suporte gerencial, custos operacionais reduzidos, e principalmente acessos a financiamentos subvencionados.

Normalmente, as EBTs com mais de 1,5 ano de incubação apresentam alguma interação com a universidade e outros tipos de atores, certa tecnologia madura, relações com o mercado e conquistas de financiamentos subvencionados. Na medida em que os processos inovativos requerem um tratamento multidimensional, torna-se imprescindível

vel para o sucesso dessas empresas que no período de pós-incubação as interações e as relações com os diversos tipos de atores aumentem e se intensifiquem.

Assim, as empresas de base tecnológica não se desvinculam da ação humana, nem tampouco deixam de analisar o ambiente organizacional sob a influência dos aspectos culturais, sociais, econômicos e suas políticas públicas, atrelando ação e estrutura, por meio de um processo dinâmico de construção e de reconstrução da vida social, qualificado por aquilo que Giddens (2009) nomeou de dualidade da estrutura. Observa-se, ainda, que não se busca aqui fazer uma análise do ambiente como fator estratégico para as empresas, e sim compreender como o ambiente externo pode favorecer ou atrapalhar o desenvolvimento das pequenas empresas de tecnologia. Sendo assim, a análise é muito mais sobre das condições existentes do que do ponto de vista da criação de estratégias.

12.3 A TEORIA DA ESTRUTURAÇÃO - TE DE GIDDENS

A Teoria da Estruturação, desenvolvida por Giddens (1999) é uma ampla, complexa e possui características próprias, capaz de auxiliar na compreensão do ambiente bem como do seu processo de estrutura - ação. Talvez seja interessante esclarecer de início que não se deve confundir o que o autor chama de estrutura com as definições apresentadas para este termo por vários teóricos da sociologia e da administração em diferentes situações. Para Giddens (1979, p. 64) estrutura refere-se a propriedades estruturantes que possibilitam continuamente a produção e a reprodução ordenada de práticas sociais ao longo do tempo e do espaço em sistemas sociais que são, por sua vez, produzidos e reproduzidos pelas mesmas práticas.

Do ponto de vista metodológico Giddens (2009) busca realizar uma síntese entre a sociologia estrutural e o funcionalismo, de forma que conjugue estrutura e ação numa teoria só, que denominou Teoria da Estruturação. Entender a estrutura - ação significa compreender as circunstâncias de interação inerentes à investigação da reprodução social. O contexto onde a estrutura se estabelece envolve o espaço-tempo (marcos simbólicos e físicos); a percepção consciente dos atores sociais envolvidos e o uso desses fenômenos reflexivamente para produzir a ação (GIDDENS, 2009, p. 332).

A proposta de Giddens (2009) na TE é de que, na vida social, se conjectura a relação entre a ação social do indivíduo e as propriedades das coletividades. A sociedade é produzida e reproduzida pelos próprios agentes sociais. São eles os responsáveis por

construir, manter ou transformar suas próprias circunstâncias históricas bem como as formas estruturadas que se apresentem na sociedade. Dessa forma, o autor demonstra sua resistência a uma perspectiva modular, pois, não se pressupõem necessidades universais nem para as coletividades, nem para os atores sociais, sendo, portanto, incorretas as teorias positivistas ou funcionalistas.

A TE considera as práticas sociais ordenadas no espaço e no tempo. A estrutura só existe como presença espaço-temporal em suas exemplificações de práticas sociais reproduzidas e com traços orientadores da conduta de agentes humanos que são dotados de capacidade cognoscitiva. As práticas sociais que possuem maior extensão espaço-temporal são designadas como instituições. A estrutura não existe independente do conhecimento que os agentes possuem a respeito do que fazem em sua atividade cotidiana (GIDDENS, 2009, p. 22).

Giddens (2009, p. XXXV) define estrutura como o conjunto de regras e recursos implicados, de modo recursivo, na reprodução social

[...] pode ser conceituada abstratamente como dois aspectos de regras: elementos normativos e códigos de significação. Os recursos são também de duas espécies: recursos impositivos, que derivam da coordenação da atividade dos agentes humanos, e recursos alocativos, que procedem do controle de produtos materiais ou de aspectos do mundo material.

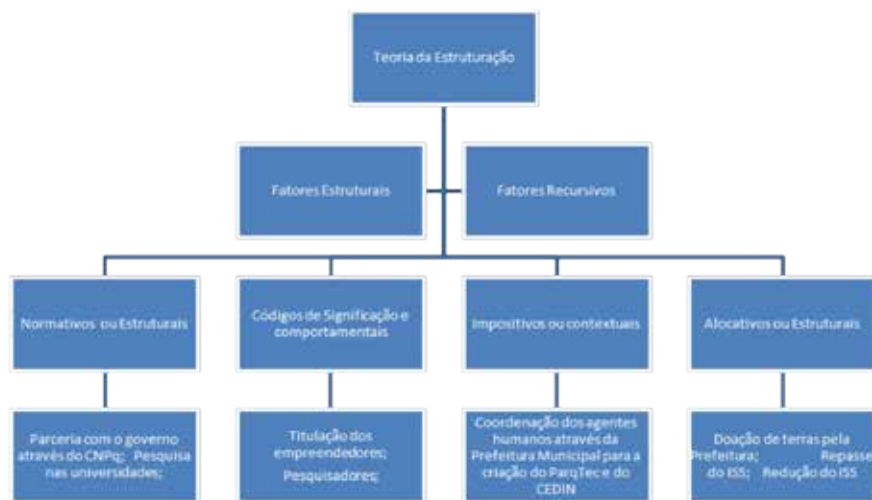
Todos esses fatores em conjunto levam a uma mudança cultural no comportamento dos indivíduos que afeta a realidade histórica e oferece às ações empreendidas uma nova significação cultural. Ela pode ser observada na realidade da pequena empresa da atualidade, pois é através da identificação cultural, ou na busca desta, que se desenvolvem os Arranjos Produtivos Locais (APL) e os polos de produção. Em torno disso, faz-se um complexo singular de conexões - empresas, municípios, universidades, escolas técnicas, indivíduos, uma sociedade - criando um ambiente propício para que essas organizações possam desenvolver-se e prosperar.

Observa-se que o principal fator para surgimento das PEBTs em São Carlos “foi a existência de uma overdose de ciência durante um longo período” (TORKOMIAN, 1997, p. 99). Essas regras institucionalizadas, foram ditadas em São Carlos pela USP e pela UFScar, que durante décadas enviam seus pesquisadores a centros de excelência no exterior, aos programas de pós-graduação que transbordam ciência da academia para

a tecnologia das empresas. A Prefeitura Municipal de São Carlos representa, na Teoria da Estruturação, os aspectos recursivos impositivos (criação do CEDIN e o ParqTec) e recursos alocativos evidenciado pela doação de terras, o repasse do ISS gerado pelas empresas de tecnologia criadas a partir de 1985 para a Fundação ParqTec e, posteriormente, com a redução de 70% da alíquota de ISS às empresas cujos serviços prestados sejam concernentes a atividades de alta tecnologia (Lei Municipal nº 10.942 de 20 de Dezembro de 1994), ou seja, fundamentados por políticas públicas de apoio a C&T e, conseqüentemente a criação das PEBT

O que é especialmente útil para a orientação da pesquisa é o estudo, primeiro, das intersecções rotinizadas das práticas que constituem os pontos de transformação nas relações estruturais; e, segundo, dos modos como as práticas institucionalizadas estabelecem a conexão entre a integração social e a integração em sistema.

Os fenômenos sociais da criação e da expansão das PEBTs podem ser mais bem compreendidos, percebendo-se que sua criação depende primeiramente dos agentes, ou seja, da ação individual de quem as cria, mas sua manutenção e os efeitos de sua inserção no mercado dependem do ambiente em que estão inseridas, ou seja, de fatores normativos, dos códigos de significação compartilhados, dos fatores impositivos e alocativos que facilitem seu desenvolvimento. Desta forma, a Teoria da Estruturação oferece uma perspectiva que, de acordo com Junquillo (2003, p.1.) “permite, por um lado, o estudo analítico da ação desenvolvida por atores individuais e, por outro lado, os impactos da estrutura sobre aqueles mesmos agentes.” A Figura 1 mostra como as variáveis da estrutura estão relacionadas com a TE e as propostas da pesquisa.



Fonte: elaborado pela autora

Figura 1 - O ambiente de São Carlos e a TE

Estes recursos, que estruturam o espaço social, são caracterizados como capital econômico, em suas diferentes manifestações, e capital cultural. Agentes que ocupam posições semelhantes neste universo social, estilo de vida e concentração de capital simbólico, estão dispostos em condições semelhantes, tendem a ter interesses e a se comportarem de maneira semelhante, produzindo, portanto, práticas semelhantes. Os agentes têm uma apreensão ativa do mundo, constroem sua visão de mundo, mas essa construção é operada sob coações estruturais. Assim, as incubadoras e os parques tecnológicos se formam para concentrar esses agentes nesse universo semelhante de interesses comuns, criando, desta forma, a estrutura necessária para o desenvolvimento das PEBTs.

12.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente estudo tem por finalidade investigar a relação entre a Teoria da Estruturação e o processo de criação de pequenas empresas de base tecnológica no município de São Carlos–SP: identificar o que leva uma empresa a se instalar no município; seus processos de criação e de desenvolvimento; o porquê da escolha de determinados locais para se instalar em detrimento de outros (como incubadoras, por exemplo); quais são

os modos de entrada selecionados; como as empresas se adaptam ao ambiente em que estão instaladas e se a política públicas favorecem ou não essa instalação.

Trata-se de uma pesquisa exploratória, qualitativa e aplicada. Para sua consecução foi elaborado um instrumento de pesquisa inédito na forma de um roteiro para entrevistas em profundidade responsável pela geração dos dados primários. Não foi localizado nenhum equivalente na literatura. Para seu desenvolvimento utilizou-se a técnica da bola de neve ou snowball sendo o roteiro validado por 11 professores especialistas na área.

A técnica metodológica snowball é uma forma de amostra não probabilística utilizada em pesquisas sociais nas quais os participantes iniciais de um estudo indicam novos participantes que, por sua vez, indicam novos participantes e, assim, sucessivamente, até que seja alcançado o objetivo proposto, ou seja, o ponto de saturação. Este é atingido quando os novos entrevistados passam a repetir os conteúdos já obtidos em entrevistas anteriores, sem acrescentar novas informações relevantes à pesquisa (HUDELSON, 1994). Portanto, a snowball é uma técnica de amostragem que utiliza cadeias de referência, uma espécie de rede.

O instrumento foi dividido em duas seções com perguntas abertas. A primeira buscando a caracterização dos entrevistados e, a segunda contendo 4 construtos, com 7 questões cada um, abordando os aspectos normativos, impositivos, alocativos e códigos de significação como propostos pela TE e visando compreender porque uma PEBT decide se instalar em S. Carlos. Foi realizado um teste com dois empresários conhecidos, que não participaram da pesquisa. Não houve dificuldade para sua compreensão e, portanto foi mantida sua versão original.

Após a validação dos roteiros, realizaram-se 10 entrevistas em profundidade, conforme a Figura 2. Elas foram feitas com sete gestores de empresas, com um gestor de incubadora, um representante do Eco - Parque de S. Carlos e com o secretário da Prefeitura, diretamente relacionados às políticas de Ciência e Tecnologia para o município.

Empresa	Principal Atividade	Cargo do Entrevistado	Ano da Fundação
Empresa A	Serviços para produtos químicos e farmacêuticos.	Gerente de qualidade	2009
Empresa B	Desenvolvimento de produto	Diretor geral	2003
Empresa C	Análises químicas e consultoria	Diretora de P&D&I Diretor executivo	2011
Empresa D	Cosméticos	Diretor geral e técnico	2010
Empresa E	Análise de medicamentos veterinários e alimentícios	Diretora comercial Diretora técnica	2011
Empresa F	Inovação em produto de software	Diretor executivo	2011
Empresa G	Automação industrial e inovação	Diretor	1999
Instituto Inova	OCISP	Diretora jurídico - administrativa.	2002
ParqTec	Incubadora	Coordenadora de projetos	1984
Secretaria de C&T	Desenvolvimento Sustentável, C&T	Secretário de C&T	2001

Fonte: elabora pela autora

Figura 2 - Empresas da Amostra

O critério para a seleção de cada entrevistado foi seu conhecimento ou sua participação nas atividades de criação, de gestão e ou de desenvolvimento das PEBTs, além de sua disposição em participar da pesquisa. Todos assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e a Autorização de utilização do nome da empresa, caso concordassem com sua divulgação.

As entrevistas foram gravadas e transcritas na íntegra e depois examinadas por meio do método de Análise de Conteúdo (BARDIN, 2004). Segundo a autora o método é composto de um conjugado de técnicas de análise de comunicações, que possibilita entender a mensagem para além de seus significados imediatos. Possui dois papéis que coexistem: um heurístico, quando enriquece a tentativa exploratória e aumenta a propensão à descoberta, e outro, a administração da prova, quando serve para confirmar

uma questão. Desta forma, auxilia a superação da incerteza e o enriquecimento da compreensão da mensagem.

Com o auxílio de uma linguista os trechos significativos da pesquisa foram selecionados. O trabalho realizado por essa profissional é importante, neste caso, para assegurar a imparcialidade na utilização do método, pois poderia haver interferência dos pesquisadores em sua classificação. Para a análise dos conteúdos foi utilizada a amostragem por exaustão. Essa análise preliminar busca o momento em que pouco de substancialmente novo aparece a partir do atingimento daquilo que o pesquisador objetivou atingir: certo grau de aperfeiçoamento teórico da discussão de uma categoria ou mais categorias.

As proposições foram desenvolvidas pautadas pelos construtos da Teoria da Estruturação e os preceitos que norteiam as Pequenas Empresas de Base Tecnológica apresentados pela literatura e a análise preliminar das entrevistas realizadas. Estão divididas em 4 grupos e subdivididas em sete proposição por grupo, como segue:

- A) Dimensão Estrutural (infraestrutura) - Construto A - Aspectos normativos: A1 – As PEBTs são de setores específicos vinculados à inovação de produto ou processo; A2 - A empresa de base tecnológica prefere instalar-se, inicialmente, em incubadoras; A3 – Existem leis que facilitam a criação das empresas de base tecnológica; A4 – A cooperação universidade-empresa facilita o desenvolvimento das PEBTs; A5 – As PEBTs se consideram inovadoras por causa de seus produtos e serviços; A6 – Por causa de seus produtos e/ou serviços, as PEBTs seguem regras próprias que as diferenciam das demais; A7 – As PEBTs seguem as regras de projetos de fomento do governo.
- B) Dimensão Estrutural (infraestrutura) - Construto B – Códigos de Significação: B1 – Todas as PEBTs possuem inovação de produto e/ou processo; B2 – A ideia de montar uma empresa de tecnologia está ligada à universidade; B3 – Os empresários de PEBTs mantêm relacionamentos informais com pesquisadores das universidades; B4 – PEBTs recebem informações sobre editais de agências de fomento; B5 – As PEBTs conhecem casos de sucesso de outras empresas da cidade que participaram de projetos de fomento; B6 - A cultura e o ambiente da cidade interferem na criação de PEBTs; B7 - Empreendedores de PEBTs são mestres e doutores.
- C) Dimensão Recursiva - Construto C - Aspectos impositivos: C1 – A cidade de São Carlos oferece vantagens específicas às PEBTs; C2 – A cidade de São Carlos tem pontos fracos que são desvantagens para as PEBTs; C3 – Os empreendedores das PEBTs derivam das universidades; C4 – As PEBTs têm entre seus funcionários graduados e mestres; C5 – As empresas de base tecnológica têm problemas específicos; C6 – As universidades interferem no processo de expansão das PEBTs; C7

– As incubadoras e/ou a prefeitura fornecem informações sobre o mercado, cursos e capacitações.

- D) Dimensão Recursiva - Construto D - Aspectos alocativos: D1 – A prefeitura interfere no processo de desenvolvimento das PEBTs; D2 - O governo estadual e o federal interferem no processo de desenvolvimento das PEBTs; D3 – As incubadoras interferem no processo de desenvolvimento das PEBTs; D4 - O relacionamento com as universidades interfere no processo de desenvolvimento das PEBTs; D5 - O relacionamento com os concorrentes interfere no processo de desenvolvimento das PEBTs; D6 - O relacionamento com os clientes interfere no processo de desenvolvimento das PEBTs; D7 – Os problemas de gestão interferem no processo de desenvolvimento das PEBTs.

12.5 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS RESULTADOS E DISCUSSÃO

São Carlos localiza-se no interior do estado de São Paulo, próximo de seu centro geográfico, a uma distância rodoviária de 231 quilômetros da capital paulista. Com uma população de 221.936 habitantes (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, 2010), distribuídos em uma área total de 1.141 km², é a 13.^a maior cidade do interior do estado em número de residentes.

Possui cerca de 200 empresas atuando nas áreas de novos materiais, ótica, informática, instrumentação e mecânica de precisão, mas essa é uma previsão da Secretaria de C&T, não confirmada por dados estatísticos. O polo tecnológico de São Carlos é um dos mais antigos do país; data de 1984 (SANTOS JUNIOR; MELLO, 1996) e está estreitamente relacionada às duas universidades públicas do município: a Universidade de São Paulo- USP- São Carlos e a Universidade Federal de São Carlos- UFScar.

Conta com a maior densidade de profissionais com doutorado do país, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010); São Carlos tem 221.950 mil habitantes. Ao se dividir a quantidade de pessoas pelo número de doutores, obtém-se a marca de um doutor para cada 180 habitantes (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, 2007) enquanto a média brasileira é de um doutor para cada 5.423. Essa referência também está na justificativa do projeto de Lei nº 6.532-C de 2009, elaborado pelo ex-deputado federal Lobbe Neto, que foi transformado na Lei Ordinária nº 12504/2011 de 11 de Outubro de 2011, sancionada

pela Presidenta da República, nesta data, e reconhece o município como Capital Nacional da Tecnologia.

Os principais ativos do desenvolvimento intelectual de São Carlos são as universidades públicas da cidade, a USP e a UFSCar. A USP-São Carlos oferece quinze programas de pós-graduação *stricto sensu*, com opções de mestrado e de doutorado, voltados para área de exatas e a UFSCar apresenta 33 alternativas de mestrado e de doutorado, nas áreas de humanas, exatas e biológicas.

Outro indicador importante está na produção na área educacional. Em 2007, as instituições formaram 367 doutores no total (187 da Federal e 180 da USP). Este número é muito superior quando se compara com a produção intelectual de outras universidades públicas brasileiras. Ainda em 2007, a Universidade de Brasília (UnB) obteve 272 diplomas de doutorado de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010); a capital federal possuía 2.455.903 moradores. Com isso, a universidade produziu um doutor para cada 9.029 habitantes.

Assim, a cidade cria uma estrutura - ação que favorece seu desenvolvimento e reconhecimento, e a criação de políticas públicas específicas. Além das universidades, há outros centros de pesquisa como a Fundação Parqtec, mais antiga incubadora da América Latina, criada em 1984, onde já foram criadas cerca de 80 empresas; a incubadora Centro de Desenvolvimento de Indústrias Nascentes (CEDIN), que reúne 12 empresas; a Embrapa, com duas unidades na cidade, uma de Instrumentação Agropecuária (CNPDIA), que desenvolve equipamentos, e a Pecuária Sudeste (CPPSE), que faz pesquisa genética de bovinos; a TAM, maior centro de manutenção de aeronaves Airbus da América do Sul; a OPTO, que atua na área de ótica fina e desenvolve as câmeras dos dois satélites sino-brasileiros de monitoramento ambiental; e a MM Optics, que fabrica equipamentos a laser para as áreas médica, odontológica e veterinária. São Carlos também conta com a faculdade do Senai com cursos de tecnólogos, com cursos profissionalizantes das Escolas de Tecnologia (Etecs) - Fundação Paula Souza e dois parques tecnológicos, o Science Park e Eco-Tecnológico Damha.

Além disso, em 18 de outubro de 2011, o ministro do Turismo Gastão Vieira liberou R\$ 14,7 milhões para o início das obras do complexo da Cidade da Energia Limpa e Renovável, complementando o valor de R\$ 5 milhões já empenhados. Projeto que está

estagnado no momento por embargo do Ministério Público, por causa de questões de legislação ambiental, já que perpassa área de mata preservada.

O projeto da Cidade da Energia será um grande polo que irá coordenar e irradiar as informações científicas, tecnológicas e comerciais para produtos e processos que embasem o novo modelo de energias limpas, sustentáveis e renováveis. Ele é uma parceria da Prefeitura com a Abimaq, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) e Governo Federal, que está financiando as obras da primeira etapa. O local abrigará um parque de exposição e feiras, além de um centro de convenções para eventos nacionais e internacionais.

Como consequência desta alta concentração de pesquisadores e de centros desenvolvedores de tecnologia, a cidade registra também um dos maiores índices de registro de patentes do país. São 14,5 patentes por 100 000 habitantes da cidade por ano. A média do país é 3,2 e a de São Paulo, 7,6. Além disso, 200 empresas do município são consideradas de alta tecnologia, em setores como o de ótica, de novos materiais e de instrumentação.

As Figuras apresentam as frequências referentes à dimensão estrutural, sendo que a Tabela 1 se refere aos aspectos normativos e a Tabela 2 aos códigos de significação.

Empresa	A1	A2	A3	A4	A5	A6	A7
Empresa A	1	1	0	1	1	1	1
Empresa B	1	0	0	1	1	1	1
Empresa C	1	1	0	1	1	0	1
Empresa D	1	1	0	0	1	1	0
Empresa E	1	1	0	1	1	0	1
Empresa F	1	0	0	1	1	1	1
Empresa G	1	0	0	0	1	0	0
Instituto Inova	1	1	0	1	1	1	1
ParqTec	1	1	0	1	1	1	1
Secretaria de C&T	1	0	0	1	1	0	1
Total por proposição	10	7	0	8	10	6	8
Total geral	49						

Fonte: elaborado pela autora

Fonte: elaborado pela autora

Tabela 1 - Frequência das proposições – Constructo A - Aspectos normativos

Sobre o construto B – Códigos de Significação – a Figura apresenta a frequência em que as proposições são afirmativas ou não para cada empresa. Esse construto faz parte da dimensão estrutural, entende-se por códigos de significação as estruturas de significação têm sempre de ser apreendidas em conexão com dominação e legitimação, no caso das PEBTs pode ser observado no relacionamento com as universidades, na participação em programas de fomento, na titulação dos dirigentes, na rede de relacionamento que se estabelece entre eles, no nicho de mercado que atuam e na inovação que agregam a seus produtos e serviços.

Empresa	B1	B2	B3	B4	B5	B6	B7
Empresa A	1	1	1	1	1	1	1
Empresa B	1	1	1	1	1	1	1
Empresa C	1	1	1	1	1	1	1
Empresa D	1	0	0	0	0	1	0
Empresa E	1	1	1	0	0	1	1
Empresa F	1	0	1	0	1	1	0
Empresa G	1	0	0	0	0	1	0
Instituto Inova	1	1	1	1	1	1	0
ParqTec	1	1	1	1	1	1	0
Secretaria de C&T	1	1	1	1	1	1	0
Total por proposição	10	7	8	6	7	10	4
Total geral	56						

Fonte: elaborado pela autora

Tabela 2 Frequência das proposições – Construto B – Códigos de Significação

As Tabelas 3 e 4 são referentes à dimensão recursiva dividida em dois outros construtos: o construto C – que são os Aspectos impositivos- e o construto D - referentes aos Aspectos alocativos. Adaptado a realidade das PEBTs as questões sobre os aspectos impositivos referiam-se a coordenação dos agentes humanos com as variáveis contextuais necessárias para a criação e o funcionamento dessas empresas, como: as vantagens e desvantagens da cidade de São Carlos; a origem dos empreendedores; o contato dos dirigentes com as universidades; os problemas que as PEBTs enfrentam e a capacitação dos empreendedores.

Empresa	C1	C2	C3	C4	C5	C6	C7
Empresa A	1	1	1	1	1	1	1
Empresa B	0	1	1	1	1	1	1
Empresa C	1	1	1	1	1	1	0
Empresa D	0	1	0	0	1	1	0
Empresa E	1	1	1	1	1	1	1
Empresa F	1	1	1	1	1	1	0
Empresa G	0	1	0	0	1	1	0
Instituto Inova	1	1	1	1	1	1	1
ParqTec	1	1	1	1	1	1	1
Secretaria de C&T	1	1	1	1	1	1	1
Total por proposição	7	10	8	8	10	10	6
Total geral	60						

Fonte: elaborado pela autora

Tabela 3 - Frequência das proposições – Construto C – Aspectos impositivos

Empresa	D1	D2	D3	D4	D5	D6	D7
Empresa A	0	0	1	1	1	1	1
Empresa B	0	0	0	1	1	1	1
Empresa C	1	0	1	1	0	1	1
Empresa D	0	0	0	0	1	1	1
Empresa E	0	0	1	1	0	1	1
Empresa F	0	0	0	1	1	1	1
Empresa G	1	0	0	0	1	1	1
Instituto Inova	0	1	1	1	1	1	1
ParqTec	1	0	1	1	1	1	1
Secretaria de C&T	1	0	1	1	1	1	1
Total por proposição	4	1	6	8	8	10	10
Total geral	47						

Fonte: elaborado pela autora

Tabela 4 - Frequência das proposições – Construto D – Aspectos alocativos

Destaca-se assim, que os fatores estruturais e recursivos a partir do modelo formado pelas categorias (normativa, impositiva, alocativa e dos códigos de significação) da Teoria da Estruturação auxiliam na compreensão do ambiente das PEBTs de São Carlos e apontam as ações necessárias para ampliar o apoio a essas organizações.

O detalhamento das categorias normativa, impositiva, alocativa e códigos de significação criados por Giddens e adaptados a realidade da PEBTs ajuda na identificação dos problemas e na criação de políticas públicas com ações amplas e direcionadas a necessidades dessas empresas. Além disso, ao descrever como cada uma dessas categorias e transformá-las em proposições foi possível ter uma percepção de como empresários e gestores públicos as identificam e de como precisam agir para melhorar a realidade atual.

Verifica-se também que cada uma das categorias têm impacto no processo de gestão das PEBTs, o dirigente que é pesquisador, não é administrador e chega ao mercado repleto de dúvidas que atrapalham o desenvolvimento de seu negócio. Destaca-se que o que leva uma empresa a se instalar no município são as universidades, os centros de pesquisa e o título de Capital de Tecnologia; seus processos de criação normalmente derivam das universidades, muitos produtos e serviços são resultados de teses de doutorado e pesquisas de mestrado, mas isso, não impede outras empresas se formem a partir da identificação de necessidades específicas do mercado. No que se refere ao desenvolvimento das PEBTs nota-se que a incubadora é um modelo importante, mas não o mais relevante, as empresas crescem e prosperam independente disso, o contato com outras empresas, com os centros de pesquisa se mostra mais relevante do que ser uma empresa incubada.

Finalmente, quanto ao por que da escolha de determinados locais para se instalar em detrimento de outros, observa-se que o fator localização e preço são relevantes e que as PEBTs se adaptam ao ambiente em que estão instaladas através das redes informais de relacionamentos, elas são fundamentais para manter contatos, identificar pesquisas, apontar fornecedores e clientes em potenciais.

Assim, a Figura 3 visa exemplificar como os ciclos de estrutura - ação se dão em São Carlos e como os agentes agem reflexivamente neste contexto e que a Teoria da

Estruturação se aplica a esse setor com ciclos subsequentes que podem ser explicados pela Figura 3.

A Figura 3 destaca os ciclos de estruturação ao longo do tempo e a reflexividade deles com o passar dos anos, a forma como os atores agem para criar regras de funcionamento e condições facilitadoras para o funcionamento e para o desenvolvimento dessa estrutura. Revela também como os códigos de significação se constroem na cultura, no ambiente e nos hábitos das pessoas, sinalizando um processo no qual indivíduo e sociedade ganham importância e determinando os tipos de pesquisas que devem ser desenvolvidas com a viabilidade de se tornarem processos ou produtos.



Fonte: elaborado pela autora

Figura 3 Ciclos subsequentes de Estruturação do Ambiente das PEBTs de São Carlos

Os aspectos impositivos, que são descritos por Giddens (2009) como o processo de estruturação em si mesmo, são o resultado da conduta que ela recursivamente se organiza, pois eles só existem ao se atenderem aos normativos e aos códigos de significação. Os aspectos aloativos se manifestam na organização das universidades, na criação da

cooperação universidade-empresa, na identificação de lacunas que precisam ser superadas e na atração de empresas que utilizem os produtos e a inovação que é produzida na cidade.

Resumidamente, destacam-se os seguintes resultados relativos aos 4 construtos da pesquisa:

Fatores estruturais: os elementos normativos e os códigos de significação, estão presentes nas PEBTs em níveis diferentes, isso depende da origem da empresa (universidade ou mercado) e do grau de relacionamento que estabelecem com as universidades, com outras empresas e com os órgãos gestores; elementos normativos são ditados por leis e programas de financiamento tanto para pesquisas, a inovação dos produtos e pela cooperação universidade empresa; os códigos de significação estão expressos nas condições para fazer parte de um seletivo grupo - os empresários - que são, na sua maioria, advindos da universidade, em geral mestres e ou doutores, que participam ativamente de pesquisas, são empreendedores que souberam direcionar suas pesquisas a necessidades de mercado criando PEBTs.

Aspectos recursivos: os aspectos impositivos estão presentes na coordenação das atividades dos agentes humanos para favorecer essas empresas, apesar dos pontos fracos como falta de aeroporto e de programas específicos a PEBTs. A maioria reconheceu a importância do título de Capital da Tecnologia, as ações do CEDIN, do ParqTec e do Instituto Inova e o fundamental papel das universidades no desenvolvimento dessas empresas.

Quanto os aspectos alocativos destaca-se a falta de apoio do governo estadual e do federal; no entanto, a proximidade com clientes, fornecedores, centros de pesquisa e concorrentes beneficia a comunicação, o networking e a troca de informações relevantes; empresas de base tecnológica trazem inovação a seus produtos e processos constantemente; empresas que derivam das universidades têm pontos de vistas em comum em relação às proposições estabelecidas; já as empresas que derivam do mercado, que não estiveram em incubadoras e não mantêm contato com centros de pesquisa, encontram maiores dificuldades, seja a de obter fontes de financiamento para novos produtos, seja a de se instalarem nas incubadoras ou a de se relacionarem com outras empresas; relacionamentos informais com pesquisadores das universidades são significantes para

se estabelecerem parcerias formais futuras; todas as empresas entrevistadas destacaram que têm ou tiveram problemas de gestão; os órgãos gestores também concordam com essa afirmação; o pesquisador/empreendedor não tem, em geral, conhecimento sobre administração, mercado e finanças, e isso atrapalha o desenvolvimento dessas organizações; faltam políticas públicas específicas às necessidades de PEBTs.

12.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou compreender o ambiente da pequena empresa de base tecnológica – PEBT, em São Carlos, SP sob a perspectiva da Teoria da Estruturação – TE. A pesquisa obteve sucesso em identificar as duas dimensões e seus respectivos construtos fatores estruturais (normativos, códigos de significação) e aspectos recursivos (impositivos e alocativos) e, o grau de influência de cada um no ambiente e nas políticas públicas voltadas as PEBTs. O roteiro funcionou adequadamente e se torna uma boa contribuição para a academia.

O esquema orienta a compreensão do ambiente em que as PEBTs estão inseridas pela identificação de relacionamentos, da dinâmica de funcionamento e das lacunas que precisam ser preenchidas para auxiliar o desenvolvimento das PEBTs. Como resultado da análise dos dados observa-se a efetiva presença dos elementos da TE no ambiente das PEBTs em S. Carlos.

Algumas limitações se apresentaram no decorrer do trabalho. O fato de não haver estudos que enfoquem a complexidade da TE e a utilização de seus construtos como norteadores da pesquisa foram algumas delas. No trabalho de campo, alguns problemas foram enfrentados como a resistência de alguns empresários a participar da pesquisa, o receio de outros em permitir que as entrevistas fossem gravadas e a desconfiança ao se manifestarem sobre a falta de apoio do governo, em especial, do municipal. Recomenda-se, para trabalhos posteriores analisar o processo de desenvolvimento das empresas que estão nas incubadoras para diferenciá-las das demais. E, ainda, ampliar este estudo para as PEBTs situadas em outros polos tecnológicos do estado de São Paulo.

REFERÊNCIAS

- BARDIN, L. Análise de conteúdo. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2004.
- CHENG, L.C. et al. Plano tecnológico: um processo auxiliar ao desenvolvimento de produtos de empresas de base tecnológica de origem acadêmica. Locus Científico, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 32-40, 2007.
- COHEN, I. J. Teoria da estruturação e práxis social. In: GIDDENS, A.; TURNER, J. Teoria social hoje. São Paulo: UNESP, 1999.
- ESCRIVÃO FILHO, E. et al. Compreendendo a dinâmica das pequenas empresas: mapa organizacional como ferramenta da ação administrativa. Revista de Ciências Humanas e Aplicadas (Matiz), Matão, n.1, p.20-40, 2. sem. 2005.
- FELIPE, E. S.; PINHEIRO, A. O. M.; RAPINI, M. S. A convergência entre a política industrial, de ciência, tecnologia e de inovação: uma perspectiva neoschumpeteriana e a realidade brasileira a partir dos anos 90. Pesquisa & Debate, SP, v. 22, n.2, p. 265-290, 2011.
- GIDDENS, A. Estruturalismo, pós-estruturalismo e a produção da cultura. In: GIDDENS, A.; TURNER, J. (Org.). Teoria social hoje. São Paulo: Unesp, 1999. p. 281-319.
- _____. Modernidade e identidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- _____. Sociologia. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- _____. A constituição da sociedade. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HUDELSON, P. M. Qualitative research for health programmes. Geneva: WHA, 1994.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. As micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil. Rio de Janeiro, 2010.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Coordenação de serviços e comércio. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000014414108172013413028939874.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

JUNQUILHO, G. Condutas gerenciais e suas raízes: uma proposta de análise à luz da teoria da estruturação. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 7, edição especial, 2003, p. 101-120.

RASERA, M.; BALBINOT, Z. Redes de inovação, inovação em redes e inovação aberta: um estudo bibliográfico e bibliométrico da produção científica no ENANPAD 2005-2009. *Análise A. Revista Acadêmica da FACE*, Porto Alegre, v. 21, n. 2, p. 127-136, jul./dez. 2010.

ROCHA, E. M. P.; FERREIRA, M. A. T. Indicadores de ciência, tecnologia e inovação: mensuração dos sistemas de CT&I nos estados brasileiros. *Brasília : Ciência da Informação*, v.33, n.3, p.61-68, 2004.

SANTOS, S. Conceito de empresa tecnológica. USP: São Paulo, 2009. Material de aula.

SANTOS JUNIOR, D.; MELLO, R. Experiências em desenvolvimento de produtos em empresas pioneiras do Pólo Tecnológico de São Carlos. *Gestão & Produção*, São Carlos, v. 3, n. 1, p. 86-99, 1996.

TERENCE, A. C. Processo de criação de estratégias em pequenas empresas: elaboração de um mapa estratégico para empresas de base tecnológica do polo de São Carlos/SP. 2008. 273f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2008.

TORKOMIAN, A. L. V. Gestão de tecnologia na pesquisa acadêmica: o caso de São Carlos. 1997. 303f. Tese (Doutorado em Administração) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

TORRES, O. The silent and shameful suffering of bosses: layoffs in SME. *International Journal of Entrepreneurship and Small Business*, Olney, Bucks MK46 5WB. UK . v. 13, n. 2, p. 181-192, 2011.