



<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2016.8.239-270>

O Lugar dos Juristas na (Re)Produção do Direito no Brasil

Um Ensaio à Luz do Conceito de Cidadania

Danielle Maria Espezim dos Santos

Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade do Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela UFSC. Atualmente é professora titular da Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul), na Graduação e Pós-Graduação em Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Direitos Fundamentais e Teoria do Direito, e professora convidada da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (Esmesc) de Direito da Criança e do Adolescente. Membro do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente da UFSC (Nejusca/UFSC). Difusos e Coletivos da Criança, do Adolescente, da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência a distância da Unisul. despezim@hotmail.com

Helena Schiessl Cardoso

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Brasilidade Criminológica”. Professora no curso de Pós-graduação do ICPC e nos cursos de Graduação em Direito da Universidade da Região de Joinville e do Centro Universitário Católico de Santa Catarina em Joinville. Advogada Criminal. helena.schiessl.cardoso@gmail.com

Macell Cunha Leitão

Doutorando em Direito e mestre em Teoria, História e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI), onde foi bolsista de iniciação científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Pibic-CNPq). Professor-substituto do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí. Professor-convitado dos Cursos de Especialização do Centro Universitário Uninovafapi. Membro do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito da UFSC. macellbr@hotmail.com

Resumo

O trabalho objetiva analisar as condições que possibilitam o reconhecimento institucional pelo sistema de justiça brasileiro dos direitos de indivíduos formalmente iguais. Após resgatar o conceito de cidadania, busca caracterizar o capitalismo periférico vivenciado no Brasil e, por conseguinte, o lugar dos juristas no reconhecimento institucional dos (sub)cidadãos. Ao final, exemplificando com base em uma decisão judicial, pretende-se desconstruir o discurso igualitário da cidadania, indicando a perpetuação camuflada da seletividade do direito por parte dos juristas.

Palavras-chave: Direito. Cidadania. Modernidade periférica. Casa de Acolhimento.

The Jurists' Role in the Production of Law: an Essay Inspired by the Concept of Citizenship

Abstract

The paper aims to analyze the conditions that enable the institutional recognition of the rights of formally equal individuals by Brazilian justice system. After resuming the concept of citizenship, it seeks to characterize the peripheral capitalism in Brazil and therefore to situate the place of the jurists in institutional recognition of the citizens. Finally, exemplifying through a sentence, the work intends to deconstruct the idea of equality of citizenship speech, demonstrating the hidden perpetuation of the selectivity of the law by jurists.

Keywords: Law. Citizenship. Peripheral modernity. Shelter.

Sumário

1 Introdução. 2 O conceito de “cidadania” como fundamento do Estado de Direito. 3 A formação do povo brasileiro e a cidadania nacional. 4 O lugar dos juristas no reconhecimento institucional dos (sub)cidadãos. 5 Da cidadania institucionalizada à invisibilização do subcidadão: ilustração empírica a partir do julgamento do pedido de suspensão da inauguração da Casa de Acolhimento em Florianópolis. 5.1 A decisão judicial e os direitos com fundamentalidade mitigada. 5.2 Um parecer técnico impreciso e um enquadramento por analogia. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A violência estatal cotidiana produzida no Judiciário possui como fundamento de legitimidade a ideia de que os juristas aplicam ao caso concreto o direito estabelecido de acordo com a participação dos sujeitos que estão a ele submetidos, garantindo a igualdade formal de direitos e obrigações entre todos os indivíduos. Tendo como significativo mestre o “discurso da cidadania”, esse mito moderno cumpre a função social de nos fazer crer que as ordens judiciais são uniformes e previsíveis e, portanto, que os juristas levam em conta em suas decisões exclusivamente aspectos objetivos estabelecidos pela norma geral e abstrata.

Malgrado esse discurso esteja assimilado no senso comum teórico que circula socialmente em torno dos juristas e suas funções, não se pode desconsiderar que, antes de intrinsecamente verdadeiro, sua formulação atende a condições histórico-sociais específicas, produzidas no contexto europeu e assimiladas no Brasil por um processo de transculturação que envolve o passado colonial.

Diante dessa realidade, busca-se, no presente trabalho, analisar as condições efetivas que possibilitam o reconhecimento institucional igualitário de direitos e se – como se pretende problematizar – a modernização periférica implica aplicação diferencial e seletiva de direitos e obrigações pelos juristas.

Para tanto, o presente ensaio partirá inicialmente de um breve resgate do conceito de “cidadania”, entendido como pedra angular do discurso que legitima a existência das principais instituições modernas, no sentido de compreender como o “moinho de gastar gente”, que caracteriza o capitalismo periférico vivenciado no Brasil, configura uma situação ímpar de desigualdade estrutural, limitando a expansão do *status* intersubjetivamente reconhecido de cidadão pelos juristas. Pretender-se-á, ao final, com fulcro em uma ilustração empírica, obtida em decisão sobre a instalação de

Casa de Acolhimento em Florianópolis (SC), ensaiar uma desconstrução para a falácia que, invocando a igualdade insita ao conceito de cidadania, assegura a perpetuação camuflada da seletividade do direito.

2 O CONCEITO DE “CIDADANIA” COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DE DIREITO

No que diz respeito ao conceito de “cidadania”, impõe-se destacar que é possível vislumbrar um discurso dominante¹ na teoria jurídica contemporânea que não é neutro e que precisa ser historicizado para ser mais bem compreendido.

Neste sentido, busca-se, problematizar a fala juridicista da cidadania em especial com fundamento na obra *Cidadania: do direito aos direitos humanos*, de Vera Regina Pereira de Andrade (1993), que, desde a pesquisa dos currículos dos cursos jurídicos no Brasil, constatou o aprisionamento do referido discurso ao campo do “Direito Constitucional” e da “Teoria Geral do Estado”. Analisando as principais obras indicadas nas referências bibliográficas destas disciplinas,² a autora vislumbra a predominância de uma conceituação estática da “cidadania”, ora confundindo-a com o conceito de “nacionalidade”, ora associando-a ao conceito estrito de “direitos políticos” – no sentido do direito de “votar” e “ser votado”.

A título de exemplo, é possível citar a definição estática e restritiva de “cidadania” na obra “Ciência Política” de Paulo Bonavides. Ao discutir o conceito jurídico de “povo” como elemento constitutivo do Estado, o autor afirma que a “cidadania”

¹ Salienta-se que, embora seja um discurso dominante, não se trata de um discurso monolítico, pois há, inclusive no Brasil, contradiscursos que buscam ampliar o conceito de cidadania.

² Andrade (1993) destaca – com preponderância nos currículos de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado – as obras de Afonso Arino de Melo Franco, Arthur Machado Paupério, Celso Ribeiro Bastos, Dalmo de Abreu Dallari, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulino Jaques, Paulo Bonavides, Pedro Salvetti Netto, Pinto Ferreira e Sahid Maluf.

é a prova de identidade que mostra a *relação ou vínculo do indivíduo com o Estado*. É mediante essa relação que uma pessoa constitui fração ou parte de um povo.

O *status* de cidadania, segundo Chiarelli, implica numa situação jurídica subjetiva, consistente num complexo de direitos e deveres de caráter público.

O *status civitatis* ou estado de cidadania define basicamente a capacidade pública do indivíduo, *a soma dos direitos políticos e deveres que ele tem perante o Estado*.

Da cidadania, que é uma esfera de capacidade, *derivam direitos, quais o direito de votar e ser votado* (status activae civitatis) *ou deveres, como os de fidelidade à Pátria, prestação de serviço militar e observância das leis do Estado*. Sendo a cidadania um círculo de capacidade conferido pelo Estado aos cidadãos, este poderá traçar-lhe limites, caso em que o status civitatis apresentará no seu exercício certa variação ou mudança de grau. De qualquer maneira é um *status que define o vínculo nacional da pessoa*, os seus direitos e deveres em presença do Estado e que normalmente acompanha cada indivíduo por toda a vida (BONAVIDES, 2000, p. 93, sem grifos no original).

No mesmo sentido, é possível ilustrar a questão por meio do “Curso de Direito Constitucional Positivo” de José Afonso da Silva, que, em título próprio dedicado ao “direito de cidadania”, afirma que a “cidadania”

qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, *atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política*. *Cidadão*, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos *direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências* (SILVA, 2005, p. 345-346, sem grifos no original).

Em conformidade com a cultura jurídica dominante, as próprias Constituições brasileiras costumam historicamente fazer referência aos termos cidadania e nacionalidade – sem maior precisão e distinção conceitual. Ademais, também o conteúdo a eles subjacente sempre esteve ligado

à construção jurídica da “nacionalidade”, inexistindo alusão a (outros) direitos de cidadania (ANDRADE, 1993, p. 47). Considerando ainda a tendência do positivismo normativista dos juristas brasileiros, conforme síntese de Andrade (1993, p. 13):

a cidadania parece, no discurso jurídico dominante, como categoria estática e cristalizada – tal qual sua inscrição nas Cartas constitucionais brasileiras – tendendo a ser identificada com a nacionalidade – caso em que são analisadas tão-somente as formas triviais de aquisição e perda desta última – ou diferenciada da nacionalidade, caso em que é estabelecida como pressuposto da cidadania, para finalmente, aparecer provida de conteúdo: a soma da nacionalidade mais direitos políticos, concebidos basicamente como direitos eleitorais (votar e ser votado) (sem grifos no original).

Vale mencionar que o discurso moderno da “cidadania” encontra sua gênese na história europeia – com especial destaque para a simbólica Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791 – e que ele se infiltra na cultura jurídica dominante brasileira³ a partir de um processo de “transnacionalização”⁴ do discurso, ou seja, desde a difusão praticamente “universal”⁵ na realidade político-institucional das sociedades capitalistas a partir do século 19.

³ “A cultura jurídica dominante no Brasil é herdeira de duas grandes matrizes (alienígenas) das quais deriva suas condições de produção e possibilidade: do positivismo normativista, em nível epistemológico, e do liberalismo, em nível político-ideológico, donde resulta sua caracterização como uma cultura jurídica positivista de inspiração liberal” (ANDRADE, 2003b, p. 66).

⁴ A “transnacionalização” do conceito de cidadania aqui é tomada como o potencial universalista do conceito, o qual acaba por funcionar fora do seu lugar de origem. Para uma melhor compreensão, confira Andrade (2003a, p. 35).

⁵ “A universalidade consiste então no fato de que as sociedades qualificadas por relações capitalistas, a partir desse momento da história, se depararam com o discurso da cidadania, cujo significado moderno – que o distingue de outras formas históricas de cidadania – envolve genericamente a relação do indivíduo frente ao estado nacional a que juridicamente se vincula (de forma que todo cidadão é cidadão de um Estado) estabelecendo-o como formalmente livre e igual aos demais perante a lei” (ANDRADE, 2003b, p. 68).

Ainda assim, a cultura jurídica dominante silencia sobre a construção processual e histórica do conceito de “cidadania”, bem como oculta outras dimensões possíveis que não sejam relativas ao elemento exclusivamente “político”, como, por exemplo, feito na clássica obra de Thomas Marshall (1967) – o qual verificou que o conceito de cidadania foi paulatinamente ampliando o seu significado na Inglaterra. Isto porque, segundo sua análise, enquanto no século 118 a “cidadania” girava em torno da “liberdade individual” e seus corolários (*elemento civil*), passíveis de salvaguarda por meio dos tribunais, no século 19 começou a incluir a “participação no poder político” (*elemento político*) por intermédio do parlamento e conselhos locais para, enfim, no século 20, abarcar também o “bem-estar” (*elemento social*) por meio do sistema educacional e dos serviços sociais.

A constatação da universalidade do fenômeno da cidadania nas sociedades capitalistas contemporâneas, contudo, não permite concluir que a “cidadania” apresente práticas sociais e tratamentos jurídicos idênticos por toda parte, uma vez que adquire materialização específica em cada formação social concreta. A tese de Marshall está indubitavelmente circunscrita à realidade da história inglesa e, portanto, conforme José Murilo de Carvalho (2013), é intransponível sem maiores ressalvas à realidade brasileira.

É, contudo, uma reflexão original quanto ao estabelecimento de uma tipologia dos direitos de cidadania (civis, políticos e sociais), bem como valiosa para o reconhecimento da “dinamicidade” do conceito a ser historicizado em cada formação social concreta. Assim, para Carvalho,

A cronologia e a lógica da sequência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime.

Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo (2013, p. 219-220, sem grifos no original).

Retornando, no entanto, à problematização do discurso jurídico dominante da “cidadania” na obra de Andrade, é possível vislumbrar a presença de uma matriz epistemológica e uma matriz político-ideológica concreta (ANDRADE, 1993, p. 29 et seq. 2003b, p. 66 et seq.). Ou seja, por um lado, epistemologicamente, a cultura jurídica dominante, calcada no positivismo normativista, reduz o discurso da “cidadania” ao direito positivo vigente, isto é, à norma. A “cidadania” é vista estaticamente como um *status* atribuído pelo Estado de Direito ao indivíduo, e seu conteúdo define-se com base na legislação constitucional que, por sua vez, carrega um conjunto de valores reconhecido oficialmente como (supostamente) derivado do consenso social. Segundo Andrade (1993, p. 31-32), no entanto, tal perspectiva, exclusivamente normativista, exclui do discurso jurídico da cidadania qualquer problemática histórica, axiológica, sociológica, econômica e política e, assim, descarta todos os âmbitos de significação que não digam respeito ao dever-ser estatizado como sendo “metajurídicos”.

Por outro lado, político-ideologicamente, a cultura jurídica dominante está alicerçada no liberalismo político europeu, no qual o individualismo se destaca como fundamento da ordem jurídico-política e no qual imperam, como basilares princípios de organização da sociedade e do Estado, o princípio da igualdade perante a lei, da preservação da liberdade individual (e seus desdobramentos), da supremacia da vontade popular e, conseqüentemente, o Estado de Direito, a democracia representativa e a tripartição dos poderes. Por conseguinte, identifica-se no discurso dominante da “cidadania”, conforme Andrade (1993, p. 40), uma excessiva ênfase nos direitos políticos *stricto sensu* (votar e ser votado; exercer funções públicas), os quais acabam por preencher e esgotar o conteúdo do *status* de “cidadania”.

Refletindo sobre esse discurso, Andrade chama atenção para a sua ambiguidade, pois ora o discurso apresenta um potencial autoritário e conservador (regulação), ora um potencial democrático e transformador (emancipação), sendo imprescindível, portanto, reconhecê-lo como um processo histórico dialético (1993, p. 71, 2003b, p. 64 et seq.).

Assim, por um lado, enquanto aprisionado nos limites restritos e estáticos do conceito liberal de “cidadania”, no qual o *status* de cidadania é atribuído unilateralmente pelo Estado (único *locus* do poder e da política) e o seu conteúdo é reduzido aos direitos políticos em sentido estrito a serem exercidos no contexto da democracia representativa no momento eleitoral, não se vislumbra a dinamicidade e construção conflitiva do conceito já apontada na original tese de Marshall suprarreferida (1967), bem como a necessidade da constante ampliação de seu conteúdo conforme as necessidades dos cidadãos em uma sociedade claramente heterogênea. Sendo o conteúdo da “cidadania” compreendido exclusivamente com base na norma (constitucional), impede-se a tematização daquilo que é taxado como extranormativo e se regulam os conflitos sociais com base no discurso da obediência e da igualdade perante a lei.

Por outro lado, paradoxalmente, a (suposta) igualdade de todos os cidadãos cria um espaço discursivo democrático e transformador para eventuais lutas judiciais e políticas – encampadas pelos mais diversos atores sociais – de concretização dos direitos existentes e de reivindicação de novos direitos (humanos).⁶

⁶ Aqui é interessante fazer referência ao conceito (igualmente dinâmico) de *direitos humanos* contido na obra de Alessandro Baratta, pois o autor os associa à satisfação das necessidades reais do “homem” em sua existência concreta. O homem é portador de necessidades reais e, tomado numa perspectiva dinâmica, suas capacidades e necessidades variam de acordo com o contexto histórico-social. É possível afirmar que quanto maior for a capacidade social de produção material e cultural, tanto maior é o grau de satisfação das necessidades e, por consequência, aumenta também o nível de capacidades individuais e dos grupos. Nas palavras do autor: “Podemos assim definir as necessidades reais como as potencialidades de

Tal dimensão pode trazer em seu bojo – tal qual a dimensão autoritária pode trazer um caráter legitimador – um caráter contestatório da dominação capitalista, podendo questionar, inclusive, suas próprias contradições e fundamentos, entre os quais a apropriação da cidadania como um instrumento de legitimação do Estado (ANDRADE, 1993, p. 73).

Em um sentido democrático e emancipatório, deve-se, então, compreender a “cidadania” em um sentido mais amplo, isto é, no contexto de uma democracia participativa e como direito de todos os atores sociais (indivíduos, grupos, classes, movimentos sociais, etc.) de conquistar novos direitos (humanos). Por conseguinte, a “cidadania” é dinamicamente construída, tanto individual quanto coletivamente. Aqui se deve destacar a importância dos atores sociais tradicionalmente excluídos do pacto de cidadania celebrado simbolicamente pelo homem branco europeu na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ou seja, mulheres, crianças, idosos, negros, índios, não proprietários, não heterossexuais, etc.

Na sociedade brasileira contemporânea a mobilização política destes segmentos e a “noção ampliada de cidadania” podem ser vislumbradas nas mais variadas pautas de luta. Nas palavras de Andrade

Ilustram uma tal constatação a luta dos *trabalhadores* (que não é nova) situada no âmago do conflito capital x trabalho e das classes sociais; a luta das *mulheres*, dos *negros*, dos *índios*, das *minorias sexuais*, dos *sem-terra*, dos *sem-teto* e tantas outras, as quais encontram sentido de suas reivindicações determinado pela forma concreta de desigualdade, sujeição e discriminação a que estão submetidos certos indivíduos enquanto associação e não apenas individualmente. (2003b, p. 72, sem grifos no original).

existência e de qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos, que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural em uma formação econômico-social” (BARATTA, 2004, p. 337).

No mesmo diapasão, Carvalho chama atenção para a potencialidade da participação popular para a concretização da cidadania, pois “[s]e há algo importante a fazer em termos de consolidação democrática, é reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político, isto é, para democratizar o poder” (2013, p. 227).

3 A FORMAÇÃO DO POVO BRASILEIRO E A CIDADANIA NACIONAL

No contexto deste artigo a abordagem sobre cidadania passará igualmente pela perspectiva antropológica presente na pesquisa de Darcy Ribeiro, isto porque (a) o pesquisador foi incansável no contato com todos os povos – e seus registros – formadores da cidadania nacional, tendo produzido conhecimento sobre este assunto durante uma extensão considerável do século 20; e (b) é importante resgatar o olhar dialético por dentro do processo de formação do povo brasileiro, buscando uma alternativa ao olhar exclusivamente externo sobre o fenômeno.

Ribeiro classificou o povo brasileiro, em fins do século 20, como um “povo-nação”, enquadrado em um Estado e território, para viver seu destino, marcado, porém, pela motivação dos colonizadores, desde o início do processo de chegada destes, de criar um:

proletariado externo. [...] um implante ultramarino da expansão europeia, que não existe para si mesmo, mas para gerar lucros exportáveis pelo exercício da função de provedor colonial de bens para o mercado mundial através do *desgaste da população que recruta no país ou que importa* (RIBEIRO, 2013, p. 20, sem grifos no original).

Enquanto modelo de estruturação societária, o país e seu povo foram fundados em um modelo novo de escravismo e em uma servidão continuada ao mercado mundial, porém encontra, neste mesmo povo,

uma “inverossímil alegria e espantosa vontade de felicidade, num povo tão sacrificado, que alenta e comove a todos os brasileiros” (RIBEIRO, 2013, p. 19).

A contradição aparece nas matrizes étnicas que se encontram e que concorrem para a construção do país e foram “gastas” em um processo de construção e de serviço ao mercado mundial. Ao mesmo tempo que poderia ter se dado a configuração de uma sociedade multiétnica marcada por oposições e por lealdades étnicas próprias, o que resulta é uma “macroetnia” com as raízes visíveis, somaticamente, mas não objetivamente na dinâmica do povo-nação (RIBEIRO, 2013, p. 19-21).

Na perspectiva de Ribeiro (2013, p. 228-244), a formação cultural do povo brasileiro se entrelaçou com distinções de cor e de classe. Os números da última década do século 20 demonstram que as diferenças são marcantes em termos de inserção no mercado de trabalho, de remuneração e de escolaridade, para pardos e negros, em benefício de brancos. O paradoxo da História, denunciado por Florestan Fernandes (1964, p. 738 apud Ribeiro, 2013, p. 235), é que o negro se transforma na pedra de toque da capacidade do Brasil de forjar uma democracia, propriamente dita, como suporte da chamada “modernidade civilizatória”.

Em outro aspecto central, a discriminação e o distanciamento entre grupos se dá em razão de critérios de “posse” e de “estilos de vida”; em outras palavras, de classe, como segue:

As enormes distâncias sociais que medeiam entre pobres e remediados, não apenas em função de suas posses, mas também pelo seu grau de integração no estilo de vida dos grupos privilegiados – como analfabetos ou letrados, como detentores de um saber vulgar transmitido oralmente ou de um saber moderno, como herdeiros da tradição folclórica ou do patrimônio cultural erudito, como descendentes de famílias bem situadas ou de origem humilde –, opõem pobres e ricos muito mais do que negros e brancos (RIBEIRO, 2013, p. 236).

No processo histórico de formação do Brasil foi recorrente uma luta por unificação potencializadora e reforçadora de “repressão social e classista, castigando como separatistas, movimentos que eram meramente republicanos ou anti-oligárquicos” (RIBEIRO, 2013, p. 23).

Além das distâncias supradescritas, há a característica intencional do processo formativo – a criação de um proletariado externo – que foi fortemente descrita por Ribeiro (2013, p. 68) como uma “gastança de gentes”: um povo marcado principalmente pela mestiçagem para servir à dinâmica do capitalismo mundial, e que se forma como “uma morena humanidade em flor.” A recorrência dessa gastança, como em um moinho, mas de gastar gente e outras riquezas, se mantém:

Nada é mais continuado, tampouco tão permanente ao longo destes cinco séculos, do que essa classe dirigente exógena e infiel a seu povo. No afã de gastar gentes e matas, bichos e coisas para lucrar, acabam com as florestas mais portentosas da terra, desmontam morrarias incomensuráveis, na busca de minerais. Erodem e arrasam terras sem conta. Gastam gente aos milhões (RIBEIRO, 2013, p. 68-69).

O processo descrito, e já seria de esperar que assim acontecesse, resultou em uma camada senhorial que julga ter em suas mãos uma massa trabalhadora apta a ser gasta no processo produtivo, com direito apenas a comer enquanto trabalha, a fim de repor energias produtivas, e de reproduzir-se para repor a mão de obra gasta (RIBEIRO, 2013, p. 212).

Para Ribeiro (2013, p. 26) uma reordenação social, sem convulsão social e como reformismo democrático, não é impossível, mas improvável, dado o fato de poucos milhares acessarem a maior parte do território e fazerem com que milhões de trabalhadores se urbanizem e passem a habitar famelicamente as favelas, “em nome da manutenção de velhas leis. Cada vez que um político nacionalista ou populista se encaminha para a revisão da institucionalidade, as classes dominantes apelam para a repressão e a força”.

A novidade no povo brasileiro, para Ribeiro (2013, p. 454), é sua condição de “nova Roma”, no sentido de que, apesar do colonizador e até por causa do que ele trouxe à conformação do povo, e em virtude das condições favoráveis à criatividade e à superação trazidas pelas etnias formadoras, é possível antever saídas inimagináveis em outros países e culturas já existentes e exauridas em suas próprias histórias.

É nesta sociedade brasileira que se propõe a análise do papel dos juristas e sua instituição judiciária como operacionalizadora de uma (sub) cidadania estrutural ao sistema econômico ocidental, considerando sua funcionalidade na seleção e estigmatização de grupos em países periféricos.

4 O LUGAR DOS JURISTAS NO RECONHECIMENTO INSTITUCIONAL DOS (SUB)CIDADÃOS

Diante do que foi exposto, e levando em consideração que as instituições estatais têm como fundamento de legitimidade a igualdade formal de direitos e obrigações entre os cidadãos, questiona-se, no presente tópico, em que medida a desigualdade estrutural, que marca profundamente o processo de modernização periférica vivenciado no Brasil, implica reconhecimento diferencial e seletivo dos direitos pelos juristas. Isto é, trata-se de colocar em questão a forma como as diferenças de classe são reproduzidas de maneira opaca na própria esfera estatal, que possui a função declarada de garantir coercitivamente o pacto entre cidadãos livres e iguais.

Antes de esclarecer determinadas noções que permitem ensaiar uma hipótese para esse problema, é importante retomar a centralidade que essa ideia possui no discurso juricista subjacente às instituições modernas, à medida que o Poder Judiciário, independente e autônomo, constitui, de maneira exemplar, o signo da “neutralidade ideológica”, asse-

gurando, assim, sua serena condição de árbitro imparcial dos conflitos (interindividuais) e da segura aplicação da lei. Quer dizer, nos marcos da modernidade instituída, o Judiciário emerge “como portador de um conjunto de promessas ou funções declaradas, vinculadas ao pilar da emancipação (defesa de interesses e direitos, justiça, solução de conflitos) e esta discursividade de um poder a serviço do homem, constitui o horizonte ideológico, sob o qual se desenvolve até hoje a sua legitimação” (ANDRADE, 2000).

Não se trata, por outro lado, de um discurso que se constitui por acaso. Afirmar o lugar neutro dos juristas na aplicação de um direito estabelecido de acordo com as regras democráticas, confirma a crença do homem comum de que as aspirações de todos os segmentos sociais são igual e legitimamente protegidas, garantindo a estabilidade das instituições existentes (FARIA, 1984, p. 20). Seguindo os efeitos significativos de todo mito⁷ bem-sucedido, transmite-se a ideia de unidade substancial entre as classes que constituem a sociedade, obscurecendo “todas as contradições sociais e todos os conflitos de interesses em nome do fim pragmático de se imaginar uma comunidade que está ‘no mesmo barco’” (SOUZA, 2012, p. 15-16).

Apesar de o projeto moderno da cidadania no Brasil estar teoricamente assentado nos mesmos pilares (regulação e emancipação) de suas raízes coloniais, as singularidades desse processo de modernização em países periféricos implicam, até hoje, suas possibilidades de concretização. Aliás, para ser ainda mais exato sobre esse ponto: “o ‘subdesen-

⁷ Luis Alberto Warat alertava que o mito consiste em um discurso “cuja função é esvaziar o real e pacificar consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como veneram as formas de poder que engendraram essa situação. Reduzidos à sua caracterização política, pode afirmar-se que a função básica dos mitos é a de criar a sensação coletiva de despolarização e neutralidade, a qual permite a apresentação da força social em termos de legalidade supra-racional e apriorística” (1994, p. 194).

volvimento’ é precisamente uma ‘produção’ da expansão do capitalismo” (OLIVEIRA, 2003, p. 33). Assim, não há razões para a pressuposição, tão ingênua quanto inquestionada, de que as funcionalidades do Judiciário brasileiro sejam idênticas às declaradas na modernidade central.

Nas sociedades nucleares do ocidente, assim como nas grandes civilizações orientais, uma concepção de mundo de fundo religioso regulava e legitimava o contexto tradicional em todas as suas práticas sociais e institucionais (SOUZA, 2012, p. 95), permitindo que as instituições modernas (Estado racional centralizado e mercado competitivo) fossem erigidas a partir de uma visão articulada – compartilhada por todos os segmentos sociais. Quer dizer, a despeito das inegáveis diferenças de classe, a existência de uma esfera moral autônoma generalizada e consensual nesses países permitiu uma homogeneização social e generalização do tipo de personalidade e economia emocional adequados aos valores institucionais nascentes.⁸ Nos países periféricos, por outro lado, as “práticas” modernas foram anteriores às “ideias” modernas: pelas razões explicadas no tópico anterior, mercado e Estado foram importados no Brasil de fora para dentro, deixando parcelas significativas da população à margem dos próprios pressupostos sociais e psicossociais necessários ao novo ambiente concorrencial (SOUZA, 2012, p. 96-98).

Nesse caso, não é possível interpretar as especificidades do funcionamento das instituições no Brasil sem compreender a maneira com que elas se enraizaram socialmente no país. O processo de modernização periférica, aqui vivenciado, foi constitutivamente marcado pelo abandono

⁸ Interpretando a teoria de Charles Taylor, Jessé Souza destaca que “instituições como Estado e mercado, assim como as demais práticas sociais e culturais, já possuem implícita e inarticuladamente uma interpretação acerca do que é bom, do que é valorável perseguir, do valor diferencial dos seres humanos etc.” (2012, p. 28). Sendo assim, apesar da crença do senso comum da vida cotidiana e da filosofia ou ciência dominantes que contrapõem nossas intuições naturais às reações morais advindas da socialização, “formulamos sentido para nossas vidas com base na relação que estabelecemos com as avaliações fortes que formam a referência última da condução da vida do sujeito moderno” (2012, p. 29).

à própria sorte dos escravos e dos dependentes formalmente livres, os quais irão formar o que Jessé Souza denomina provocativamente de “ralé” dos imprestáveis ao novo sistema impessoal, “sem o arcabouço ideal que, nas sociedades centrais, foi o estímulo último para o gigantesco processo de homogeneização do tipo contingente e improvável que serve de base à economia emocional burguesa, e que permite a sua generalização também para as classes subalternas” (SOUZA, 2012, p. 128).⁹

A percepção desse processo permite destacar à primeira vista um mecanismo invisível bastante eficaz na manutenção de uma radical desigualdade de classe, à medida que ela se legitima exatamente na afirmação dissimulada de uma igualdade de oportunidades intrínseca a todos os cidadãos em oposição ao “privilégio” que teria ficado em tempos pré-modernos. Em outras palavras, a violência simbólica mais brutal nos países periféricos consiste em negar toda a “construção social do privilégio” como elemento específico de determinadas classes, transmitido familiarmente de modo invisível na socialização familiar, como se as disposições do mundo moderno – *e.g.*, disciplina, autocontrole e pensamento prospectivo – fossem inerentes à própria condição humana, permitindo, assim, que o fracasso do indivíduo de determinadas classes seja visto socialmente e assimilado pelo próprio sujeito como culpa individual Segundo Souza (2010, p. 24, 51),

⁹ Ressalte-se que, ao contrário do que defende parcela significativa do pensamento social brasileiro, não se busca com essas ideias colocar em xeque o caráter efetivamente moderno do Brasil, à medida que as mediações institucionais das relações privadas em âmbito estatal e as exigências de novas posturas no mercado competitivo modificaram profundamente as relações pessoais institucionais e que caracterizavam o período pré-moderno. Conforme o ensino de Jessé Souza: “A reeuropeização teve, nesse contexto primitivo, um caráter de reconquista ocidentalizante e de transformação profunda não só de hábitos, costumes e mores, mas também de introdução de valores, normas, formas de comportamento e estilos de vida novos destinados a se constituírem em critérios revolucionários de classificação e desclassificação social. O que foi introduzido a partir de 1808 foi todo um novo mundo material e simbólico, implicando a repentina valorização de elementos ocidentais e individualistas em nossa cultura mediante a influência de uma Europa.” (2012, p. 140).

A naturalidade dos “bons modos”, da “boa fala” e dos “bons comportamentos” passa a ser percebida como mérito individual, pelo esquecimento do processo lento e custoso, típico da socialização familiar, que é peculiar a cada classe social específica. Esquecida a gênese social de todo privilégio – no fundo um privilégio de sangue como todo privilégio pré-moderno –, os indivíduos das classes dominantes podem aparecer como produto “mágico” do talento divino e se reconhecerem mutuamente como seres especiais merecedores da felicidade que possuem.

[...] A linguagem do corpo – mais fundamental, imediata e imperceptível que a linguagem mediada pelas palavras e pelo discurso – opera como uma espécie de tradutor universal da posição social ocupada individualmente na hierarquia social. A “distinção social”, negada e reprimida na dimensão explícita e consciente da vida [...] retorna de modo opaco e implícito e, por conta disso mesmo, com a virulência típica da agressão – espontânea e imperceptível –, sem defesa possível. O “racismo de classe” não permite defesa porque nunca se assume enquanto tal (SOUZA, 2010, p. 48-49).

Não se trata, no entanto, de um problema restrito às formas invisíveis de transmissão de valores imateriais e consequente reprodução da desigualdade estrutural em países periféricos. A inexistência do processo de generalização do tipo humano, adequado aos imperativos das instituições modernas, inviabiliza a expansão do *status* intersubjetivamente reconhecido de cidadão (SOUZA, 2012, p. 98). A eficácia social da regra jurídica da igualdade – fundamento do conceito moderno de cidadania – não pode ser assegurada apenas formalmente, senão por meio do compartilhamento transclassista da noção de dignidade em sociedades que conseguiram homogeneizar a economia emocional de seus membros em uma medida significativa. Sem esse “respeito atitudinal” (Taylor), no sentido não jurídico de “levar o outro em consideração”, não é possível concretizar a própria dimensão jurídica da cidadania e da igualdade perante a lei (SOUZA, 2012, p. 167).

Dessa forma, é possível destacar a especificidade do lugar ocupado pelos próprios juristas na (re)produção institucional do direito, à medida que esses profissionais surgem no ocidente como grupo de *status* distinto, isto é, enquanto organização fundada em educação formal, prestígio ocupacional ou estilo de vida próprios, possuindo um compartilhamento mínimo de ideias e de interesses concretos (TRUBEK, 2007, p. 167). Pierre Bourdieu destacava que o *habitus* dos juristas comporta todo um trabalho que parece ter por finalidade a aquisição de uma postura física de magistrado, combinando uma série de virtudes que se materializam em disposições corporais (BOURDIEU, 2003, p. 4).¹⁰ Nesse caso, se os juristas possuem crenças e interesses próprios que se constituem a partir da incorporação de um *habitus* específico, somente os arautos do juridicismo podem manter intacta a crença mitológica na neutralidade do Judiciário na produção do direito em relação aos conflitos de classe.

É necessário lembrar que toda sociedade constitui mecanismos de legitimação da desigualdade que justificam o acesso diferencial das pessoas aos bens e oportunidades disponíveis. Pode-se mencionar, por exemplo, a “ideologia do desempenho” (Kreckel) que, baseada na tríade meritocrática – qualificação, posição e salário –, não apenas estimula e premia a capacidade de desempenho objetiva, como sinaliza o *valor relativo das pessoas*, dando a impressão que se trata de princípios universais e neutros, abertos à competição meritocrática (SOUZA, 2012, p. 170-172). Assim, independente da origem de classe particular de determinado jurista, o longo processo de incorporação de seu *habitus* específico e a percepção social positiva de seu “desempenho”, permitem concebê-lo como “cidadão completo”, estimulando-lhes, assim, ao reconhecimento seletivo dos

¹⁰ Lenio Streck destaca que o saber profissional dos juristas constitui um “capital simbólico” no sentido de formar “uma ‘riqueza’ reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos” (2011, p. 105).

direitos àqueles cidadãos que possuem “valor social” similar, não é por acaso o ínfimo estranhamento social em relação aos salários exorbitantes do Judiciário no Brasil.

Não se busca afirmar, com isso, que os juristas agem deliberadamente no sentido de afirmar ou negar a cidadania a determinados indivíduos de acordo com seu pertencimento a certa classe social. Trata-se do que Luis Alberto Warat denominava, referindo-se ao conceito de senso comum teórico dos juristas, de um disciplinamento anônimo de seus atos de decisão e enunciação: um emaranhado de costumes intelectuais que – forjados na própria práxis jurídica – são aceitos como verdades de princípios, ocultando a dimensão política das ideias aceitas pelos juristas (WARAT, 2004, p. 29). Esses costumes intelectuais funcionam, assim, como uma forma de pacificação das consciências, permitindo que os juristas reproduzam sua visão de mundo de maneira socialmente legitimada.¹¹

Por essa razão, malgrado “seus potenciais emancipatórios, o Judiciário-Instituição foi desde sempre um braço nobre da regulação social e, portanto, um poder funcionalizado para a reprodução da estrutura social (capitalista e patriarcal), de suas instituições e relações sociais” (ANDRADE, 2000). Em países periféricos como o Brasil, em que parcela significativa da população jamais possuiu as condições necessárias para corresponder aos valores subjacentes às instituições modernas, existe uma espécie de consenso, pré-reflexivo e naturalizado, que sugere implicitamente que algumas pessoas estão acima e outras abaixo da lei. Jessé Souza explica:

Existe como que uma rede invisível que une desde o policial que abre o inquérito até o juiz que decreta a sentença final, passando por advogados, testemunhas, promotores, jornalistas etc., que, por meio de

¹¹ Para uma ilustração dessa explicação, ver o documentário “Justiça”, de Maria Augusto Ramos, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=75P1KTTTjj0>>.

um acordo implícito e jamais verbalizado, terminam por inocentar o atropelador. O que liga essas intencionalidades individuais de forma subliminar e que conduz ao acordo implícito entre elas é o fato objetivo e ancorado institucionalmente do não valor humano, posto que é precisamente o valor diferencial entre os seres humanos que está atualizado de forma inarticulada em todas as nossas práticas institucionais e sociais (2012, p. 175).¹²

Com base nessas explicações podemos esboçar uma inteligibilidade possível sobre as razões pelas quais os juristas, sempre situados no camarim da História, realizam o controle social das massas excluídas. Não se trata, como se pode ver, de uma deliberação consciente de negar cidadania a determinados indivíduos ou grupos; antes, o contrário: os profissionais do direito – ávidos consumidores das verdades aceitas pelo senso comum teórico dos juristas – acreditam firmemente cumprirem suas funções técnico-jurídicas de maneira neutra e objetiva, sem levar em conta os aspectos subjetivos das partes processuais. Os fios invisíveis dos mecanismos de reconhecimento social (empatia) e institucional (cidadania) possibilitam que os agentes sejam selecionados de acordo com a sua irrelevância na reprodução das relações sociais, o que recai “sobre as opressões étnicas (negros, árabes, índios), o local de moradia (pobres de periferia) ou as formas de atuação (movimentos sociais), imobilizando o potencial de oposição contra o sistema de todos esses agentes” (MENEGAT, 2012, p. 50).

¹²Marcelo Neves (1995, p. 17, 22) aponta para a tendência de instrumentalização política do direito no Brasil: “seja por meio da mutação casuística das estruturas normativas, principalmente durante os períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa. Nesse contexto, a autonomia privada (‘direitos humanos’) e a autonomia pública (‘soberania popular’), embora, em regra, declaradas no texto constitucional, são rejeitadas mediante os mecanismos de desestruturação política do processo concretizador da Constituição”, permitindo que “os sobrecidadãos utilizam regularmente o texto constitucional democrático – em princípio, desde que isso seja favorável aos seus interesses e/ou para proteção da ‘ordem social’”.

Poucos casos poderiam ilustrar de maneira tão apropriada o que se intenta ensaiar no presente trabalho, como a decisão judicial analisada a seguir.

5 DA CIDADANIA INSTITUCIONALIZADA À INVISIBILIZAÇÃO DO SUBCIDADÃO: Ilustração Empírica a Partir do Julgamento do Pedido de Suspensão da Inauguração da Casa de Acolhimento em Florianópolis

Um morador do bairro escolhido pela prefeitura de Florianópolis para instalar Casa de Acolhimento de adultos moradores de rua valeu-se de Ação de Dano Infecto – processo nº 023.12.068087-7 intentada em 5 de dezembro de 2012 – para obter medida de “suspensão da inauguração da Casa de Acolhimento instalada na Rua Professora Maria Julia Franco, no Bairro José Mendes em Florianópolis-SC” (SANTA CATARINA, 2013, p. 142).

A Resolução 109 de novembro de 2009 (BRASIL, 2009) do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) acolheu – entre outros elementos da Política de Assistência Social no Brasil – a regulamentação do serviço de acolhimento em regime de período integral – por meio de abordagem não invasiva – como meio de persecução de autonomia e desligamento do aparato social e/ou caritativo.¹³

¹³ A prefeitura de Florianópolis, em julho de 2014, mantinha duas Casas de Acolhimento, segundo seu site da internet. Disponível em: <<http://www.pmf.sc.gov.br/entidades/semas/index.php?cms=protecao+social+especial+de+alta+complecomplexo&menu=5>>. Acesso em: 8 jul. 2014.

A ação principal de Dano Infecto foi proposta no foro da Comarca da Capital e teve negado pedido de liminar de suspensão da inauguração da Casa de Acolhimento; esta denegação de liminar foi objeto de agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ora analisado.

Na visão do autor da ação, nos termos do relatório do recurso no Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

[...] o abrigo é Instituição Assistencial não permitida sua ocupação em solos predominantemente residencial e turístico, conforme Lei no Complementar n. 1/1997. [...] a instalação terá interferência na segurança, sossego e saúde. [...] direito de vizinhança (SANTA CATARINA, 2013, p. 142).

A causa, nesse caso, é a inclusão de equipamento comunitário em área de destinação diversa, em razão do plano diretor do município; explica-se: a Casa de Acolhimento, como equipamento ligado à Política de Assistência Social, não poderia funcionar em área turística e residencial, caso da localidade escolhida pelo município de Florianópolis.

Nos termos do Plano Diretor em vigor à época, equipamentos de assistência social são destinados às Áreas Comunitárias Institucionais (ACIs), e na hipótese em litígio, na perspectiva do morador do bairro escolhido, seria inaugurado em Área Turística Residencial (ATR).¹⁴

O autor da ação, no que obteve a concordância do desembargador relator, se baseou na interpretação de que o uso da área com fins assistenciais é proibido e incompatível com o plano diretor.

¹⁴Tudo nos termos dos artigos 10º, 11, 13, 14, 36 e 37 da Lei nº 1/1997, que dispõe sobre o zoneamento, o uso e a ocupação do solo no Distrito Sede de Florianópolis e dá outras providências.

O que se analisa, tendo em vista a perspectiva da atuação dos juristas na manutenção de uma cidadania seletiva, são os fundamentos da decisão, em sede de Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), pela concessão de liminar de suspensão da inauguração da casa/instituição destinada a acolhimento – resgate, acolhida e fortalecimento – de pessoas com rompimento/fragilização de vínculos familiares e comunitários.

5.1 A decisão judicial e os direitos com fundamentalidade mitigada

O TJSC acolhe integralmente a pretensão, ainda que em fase liminar; escreve o relator: “Perlustrando os autos, observa-se que a área situada no Bairro José Mendes é predominantemente residencial, classificada assim como ZR-2 [Zona Residencial 2] (fls. 85/87), com uso proibido e incompatível com a destinação da área para instalação de Unidade de Acolhimento de cunho assistencial (fls. 88/89)” (SANTA CATARINA, 2013, p. 143).

A decisão judicial ressalta a assistência social como direito, reputando serem “direitos socioassistenciais de acolhimento de indivíduos e famílias que se encontram em situação de vulnerabilidade e risco social e pessoal”, mas não se refere à condição de direito fundamental, mesmo considerando-se a localização constitucional daquela, em seus artigos mais explícitos: artigo 6º (direito social), artigo 203 (conteúdo e destinatários do direito fundamental à assistência social) e artigo 204 (diretrizes/princípios do direito fundamental à assistência social). Muito menos se encontra reconhecimento do direito à moradia, também inscrito no artigo 6º, a ser concretizado por via do direito à assistência social e caráter de transição para uma condição mais estável. Ademais, passa-se ao largo de princípios de alta localização no escalonamento de normas brasileiro: da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, constantes dos artigos 1º e 3º (BRASIL, 1988).

Em relação ao objeto da ação e aos sujeitos que passariam a residir no bairro, apenas se reconhece que há uma “pública e notória tragédia social que se abate sobre os moradores de rua” e que a Secretaria Municipal de Assistência Social de Florianópolis deverá enfrentar o “problema social dos moradores de rua, primando pelo reordenamento de suas ações de forma a garantir o atendimento da Política Nacional de Assistência Social” (SANTA CATARINA, 2013, p. 143).

Para um jurista, “política nacional” tem força bem menos vinculante do que um “direito fundamental”. Não se superou em Direito, e nem se visualiza superar, em razão da estrutura do fenômeno jurídico, a legalidade como imperativo (nos termos do artigo 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) (BRASIL, 1988). Assim, afirmar a relevância de um problema social é uma concessão à realidade gritante, mas não chega a obrigar juridicamente os poderes públicos, na mesma proporção que a roupagem de um direito fundamental confere.

Preconiza-se, então, na prática decisória em estudo, ainda a antiga consideração dos direitos sociais como normas programáticas – destinadas a governos que poderão atendê-las quando assim o desejarem, tendo em vista a discricionariedade administrativa – mesmo que superada no plano teórico por intermédio da interpretação do imperativo constitucional da imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais – artigo 5º, §1º (BRASIL, 1988). Em outras palavras, já se adota – em teoria jurídica – o mecanismo de análise da eficácia jurídica de um direito fundamental social, aferindo-se o grau de densidade normativa (SARLET, 2009, p. 252) do direito em foco: sempre que a densidade do direito – social – for alta, deve-se considerar exigível o cumprimento e mais clara a prestação esperada do destinatário.

Na ação aqui estudada, a alta densidade dos direitos fundamentais da população de rua nem foi posta em debate, uma vez que a fundamentalidade não foi reconhecida. Não é factível que se alcance análise de grau de clareza e abrangência dos conteúdos dos direitos, das obrigações e obrigados por estes direitos, além da identificação das garantias a estes direitos – densidade normativa (SARLET, 2009, p. 252) – se a decisão nem confere lugar de direito fundamental aos bens da vida da população de rua.

Por fim, percebe-se que a denominação de “tragédia social” para a situação dos moradores de rua aparece como um mecanismo de ocultação da obrigação estatal decorrente da fundamentalidade dos direitos em mira. O reconhecimento dessa fundamentalidade, e da obrigação estatal decorrente, seria possivelmente um passo em direção ao julgamento de políticas públicas historicamente voltadas para os mesmos segmentos sociais, o que tende a provocar tensões sociais recorrentes e catastróficas, por serem excludentes.

5.2 Um parecer técnico impreciso e um enquadramento por analogia

Outro aspecto estruturante da decisão foi o que o desembargador relator chamou de “enquadramento por analogia”, cotejando os dispositivos do Plano Diretor em vigor em Florianópolis. Em um primeiro momento concluiu ser impossível considerar uma instituição de acolhimento de indivíduos moradores de rua equiparada a estabelecimento de turismo, como tentou o diretor de Arquitetura e Urbanismo da Secretaria Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbanos de Florianópolis para fins de legitimação da instalação no bairro do autor irresignado da ação em análise.

Por aquela razão – o enquadramento aparentemente equivocado de um agente do Executivo municipal – o desembargador perscrutou o Plano Diretor para avaliar se a casa de acolhimento se enquadraria no item “Pousadas, Albergues de Turismo e Paradouros” ou no item “Orfanatos, Asilos e Similares”. Tendo em vista que não obteve posição suficientemente sustentável no seu “enquadramento por analogia”, assume que se deveria encontrar juízos urbanísticos para decidir o caso. Nem lhe ocorreu considerar que à época em que o item que inclui “orfanatos” foi cunhado, o único abrigo ou acolhida existente em seara pública era o relativo a menores de idade e que, por via de consequência, sua analogia seria muito mais razoável se funcionasse a favor da instalação da Casa de Acolhimento para população de rua, mesmo que maiores de idade.

O desembargador relator se valeu, assim, da posição de um técnico – superintendente, à época – do órgão de planejamento urbano da cidade (Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis – IpuF) em parecer administrativo acerca da viabilidade do empreendimento discutido que, em suma: refere conhecer “as regras da justiça social e da tolerância inerente às diferenças dos cidadãos”, mas também afirma a incompatibilidade entre a Casa de Acolhimento de população de rua e a natureza da região escolhida (SANTA CATARINA, 2013, p. 143).

A posição do técnico em urbanismo aponta “flagrante incorreção, tanto urbanística quanto social”, extrapolando um discurso de sua área de origem (arquitetura) e se posicionando acerca de um suposto dano à tranquilidade do local, e aduz: “partindo do princípio de que o conjunto das diferenças é um dos formadores da qualidade das cidades e que a aprovação interferiria danosamente na condição de área pacata e predominantemente residencial daquele setor urbano” (SANTA CATARINA, 2013, p. 143).

Na afirmação de que o conjunto das diferenças é formador da qualidade das cidades como pressuposto de constatação de incorreção da instalação de casa de acolhimento em zona residencial e urbanística, há uma contradição óbvia; contradição esta que não é levada em conta na decisão de utilizar o parecer como fundamento de decisão judicial em grau de recurso que pleiteia liminar.

E mais, o discurso técnico conclui sobre questão complexa: “A população de rua precisa ser convenientemente atendida e a calamidade enfrentada, mas a localização de locais cotidianos da assistência deve ser procurada, como preconiza o Plano Diretor” (SANTA CATARINA, 2013, p. 143).¹⁵

Sendo essa a saída para o problema de enquadramento por analogia, o parecer do técnico em urbanismo, mesmo tendo sido discutível em sua destituição de aspectos outros (subjativismo, por exemplo) e sofrendo com incoerência (na ideia de que a cidade deve compor as diferenças, mas o bairro residencial aonde reside o autor da ação é incompatível para a instalação de acolhimento de população de rua), é alçado a fundamento da decisão do tribunal em apreço.

A decisão de deferir a liminar de suspensão da instalação da casa de acolhimento é baseada na constatação de que há uma grave lesão de difícil reparação, ante a flagrante ilegitimidade e afronta ao direito de vizinhança, posto que interferiria: “na *segurança, sossego e saúde* da coletividade local. Em suma, para o caso dos autos não adianta remediar a situação diária de 30 moradores de rua para prejudicar uma coletividade, na *‘velha expressão de tapar um buraco para abrir outro’*” (SANTA CATARINA, 2013, p. 144).

¹⁵Embora não seja essencial na análise aqui pretendida, cumpre informar: o relator chama atenção para o fato de que a prefeitura teria decidido mal e às pressas, ante a pressão ministerial (Ministério Público do Estado de Santa Catarina) via Ação Civil Pública (023.12.040906-5) com liminar (fls. 99/106) no sentido de instalação em 60 dias de Casa de Acolhimento na cidade.

Assim se visualiza os fundamentos de uma decisão judicial limitadora de direitos fundamentais e sua lógica questionável no que respeita à capacidade de o jurista se opor à lógica da exclusão no campo da cidadania brasileira.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Malgrado o discurso que legitima o poder coercitivo do Judiciário entenda que os juízes aplicam ao caso concreto o conteúdo ético positivado mediante a participação dos sujeitos que estão submetidos à ordem jurídica – o que garantiria uma igualdade de todos perante a lei –, a teoria jurídica do último século tem sido profícua em apontar que os intérpretes do ordenamento jurídico também produzem as normas que se propõem a interpretar. As raízes eurocêntricas dessas perspectivas, entretanto, não explicam a especificidade da produção da normatividade estatal em países que passaram por um processo de modernização periférica.

Não é possível compreender a cidadania no Brasil sem pôr em questão que a formação social do povo brasileiro se deu por meio de um processo que, no afã de gerar lucros exportáveis para o mercado mundial, abandonou à própria sorte amplos segmentos da população, os quais não assimilaram os pressupostos psicossociais necessários para o ambiente concorrencial moderno. Essa desigualdade abissal que estrutura a sociedade brasileira tem implicações diretas no reconhecimento intersubjetivo de cidadão, estabelecendo as condições que possibilitam a afirmação de direitos pelo próprio sistema de justiça.

Não se pretende com essa crítica negar que a ficção de igualdade presente no conceito de cidadania possibilita aos sujeitos, historicamente excluídos do pacto social, lutar pela constituição e estabelecimento de novos direitos, mas tão somente apontar para as condições de efetivação da cidadania pelos juristas em um país periférico. O lugar ocupado pelos juristas no ocidente lhes assegura a condição de grupo de status distinto,

de maneira que, em uma sociedade estruturalmente desigual, o consenso (pré-reflexivo e naturalizado) sobre o “valor social” das pessoas termina por sugerir que algumas delas estão acima e outras abaixo da lei.

A proibição de instalação de Casa de Acolhimento para pessoas em situação de rua, supradetalhada, ilustra a aplicação diferencial e seletiva de direitos e obrigações pelos juristas na modernidade periférica. Apesar de afirmar a relevância do problema social, a decisão reconhece a uma “política nacional” maior força vinculante do que a um direito fundamental, retirando a obrigatoriedade jurídica dos próprios fundamentos da ordem jurídica. Para as pessoas em situação de rua – chamados de “moradores de rua” na sentença – os direitos sociais estabelecidos no pacto constitucional são programáticos, mas os supostos direitos à “segurança, sossego e saúde” (*sic*) da coletividade local de um bairro de classe média são reconhecidos liminarmente com base em um parecer de técnico em urbanismo.

O discurso da cidadania opera, dessa forma, como um mito que contribui para que as pessoas se conformem a uma situação que lhes foi imposta socialmente, pacificando a consciência dos próprios juristas que, imersos no senso comum teórico dos juristas, não percebem como sua visão “classista” de mundo influencia nas suas decisões e, por conseguinte, nas possibilidades de concretização de uma ordem legitimada na igualdade dos cidadãos.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, V. R. P. de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. *Revista Katálysis*, n. 1, 2000.

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.

ANDRADE, V. R. P. de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

BARATTA, A. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: IBdef, 2004, p. 334-356.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

BOURDIEU, P. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 47, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). *Tipificação nacional dos serviços socioassistenciais*. Resolução nº 109 de 11 de novembro de 2009. Publicada no Diário Oficial da União em 25 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/cadernos/tipificacao-nacional-de-servicos-socioassistenciais/tipificacao-nacional-de-servicos-socioassistenciais>>.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 jul. 2014.

CARVALHO, J. M. de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

FARIA, J. E. *Retórica política e ideologia democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MENEGAT, M. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

NEVES, M. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Direito em Debate*, Ijuí: Ed. Unijuí, n. 5, 1995.

OLIVEIRA, F. de. *Crítica à razão dualista*. O ornitorrinco. São Paulo: Boitempo, 2003.

RIBEIRO, D. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 3. ed. 4. reimp. São Paulo: Editora Schwarcz, 2013.

RODRIGUEZ, J. R. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2013.004748-6. Capital. Relator: Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli. *Diário de Justiça Eletrônico*, ano 6, n. 1.562, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atualiz. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUZA, J. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

_____. *Os batalhadores brasileiros*. Nova classe média ou nova classe trabalhadora? Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TRUBEK, D. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 3(1), 2007.

WARAT, L. A. *Introdução geral ao Direito I*: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

_____. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Recebido em: 28/2/2016

Revisões requeridas em: 23/8/2016

Aprovado em: 27/8/2016