

## Cidade, Direito e Democracia:

### A questão da ‘Agency’ e do ‘Rule of Law’ no cenário urbano

Alex Ferreira Magalhães

1. Introdução; 2. Um ponto de partida para a reflexão: conflito possessório entre moradores de favela; 3. A difícil conquista da cidadania civil, política e social: a presunção da agency; 4. A questão do Estado Legal: as leis do Estado vigoram nas favelas?; 5. Considerações finais; 6. Notas; 7. Referências.

## Resumo

“A era da ‘pedra no lago’ acabou”

Franklin Martins

Ensaio no qual se faz um esboço de apropriação dos estudos do cientista social argentino Guillermo O'Donnell a respeito do regime democrático, utilizado como quadro teórico de referência para o debate de problemas específicos da ciência urbana, a exemplo dos conflitos em torno do acesso à cidade, da constituição dos sujeitos dos processos sociais (indagando de seu reconhecimento como cidadãos), bem como da inefetividade das normas urbanísticas e sua contrapartida na reprodução da ilegalidade no desenvolvimento urbano. As questões levantadas por O'Donnell são situadas no âmago dos processos de formação do tecido urbano e do ordenamento do uso do solo, refletindo-se sobre a validade de suas hipóteses em tal contexto. Como ponto de partida, toma-se uma decisão judicial que versa sobre conflito de vizinhança em uma das maiores favelas do Rio de Janeiro, na qual tematiza-se o interesse em bens diretamente relacionados à qualidade de vida urbana. Com base neste acórdão, identificam-se problemas relevantes para debate, aglutinados em torno de dois eixos fundamentais para a revisão da teoria da democracia: a questão da *agency* e a questão do *Estado legal*. Busca-se realizar uma análise crítica da decisão judicial e do papel do Estado face às contradições do desenvolvimento urbano, bem como enfatizar o papel do Estado-juiz na gestão urbana.

**Palavras-chave:** Direito Urbanístico; Poder Judiciário; efetividade da lei.

## Abstract

This paper aims at making use of the Argentinean social scientist Guillermo O'Donnell's theories on democratic system, which were used as theoretical bases to discuss specific issues in urban studies, such as the struggles concerning access to city and the constitution of social process agents (their recognition as citizens) as well as the ineffectiveness of urban laws and its consequences on reproduction of illegality in urban development. The questions put forward by Guillermo O'Donnell lie in the core of the urban network formation process and the land use law, reflecting on the suitability of his hypotheses in such context. As a starting point, a neighboring conflict case in one of Rio de Janeiro's biggest slums is analyzed. In such case some interests in goods directly related to urban standard of living are emphasized. Based on this case, some important discussion points are identified, which have to do with two topics fundamental to democratic theory revision: the *Agency* and the *Rule of Law*. The aim is to make a critical analysis on the case's decision and on the role of

State when dealing with urban development contradictions as well as emphasize the role of Courts in the urban governance.

**Keywords:** Urban Law; Judicial Department; effectiveness of law.

## 1. Introdução

O presente ensaio consiste num esboço de apropriação dos estudos do cientista social argentino Guillermo O'Donnell<sup>1</sup> a respeito do regime democrático, que utilizamos como quadro teórico de referência para o debate de problemas específicos da ciência urbana, com os quais estamos envolvidos, a exemplo dos conflitos em torno do acesso à cidade, da constituição dos sujeitos dos processos sociais (indagando de seu reconhecimento como cidadãos), bem como da inefetividade das normas urbanísticas e sua contrapartida na reprodução da ilegalidade no desenvolvimento urbano. Assim, procuramos situar as questões levantadas por O'Donnell no âmago dos processos de formação do tecido urbano e do ordenamento do uso do solo, além de refletir sobre a validade de suas hipóteses em tal contexto.

Acreditamos tratar-se de objeto social e teoricamente relevante considerando-se (a) a necessidade de reflexão continuada sobre a democracia e sobre os problemas específicos que tem enfrentado para sua consolidação no continente latino-americano; (b) o peso da temática urbana dentro do processo de desenvolvimento social e econômico, o que não pode ser ignorado no âmbito da teoria da democracia; (c) o caráter estratégico da dimensão jurídica para o exercício da cidadania e para a configuração do Estado de Direito, visto como uma necessidade lógica do regime democrático.

Nosso intento legitima-se analiticamente, outrossim, em virtude dos “*limites variáveis e indecíveis da cidadania*” (O'DONNELL, 1999), o que nos autoriza indagar das possíveis interfaces entre a questão democrática e a questão urbana. O *direito à cidade* pode se incluir - e possivelmente se inclui - nas novas fronteiras que os direitos civis vêm atingindo, desde o início de seu longo processo de desdobramento, expansão e transposição a outras searas, transcorrido *pari passu* com a constituição do Estado Democrático de Direito, tal como constatado por O'Donnell. Dito de outro modo, a configuração das cidades e as formas de ação do Estado nos conflitos urbanos constituem um capítulo importante para a avaliação do grau de enraizamento da democracia num determinado território. Assim, entre *direitos humanos* e

*direitos urbanos* haveria uma conexão mais profunda que a mera semelhança fonética.

Com relação à metodologia e à estruturação do trabalho, tomamos, como ponto de partida, uma decisão judicial que versa sobre um conflito de vizinhança em uma favela, veiculado através de uma ação possessória, o que enxergamos como um conflito em torno do *direito à cidade*. Mesmo tendo ocorrido em área normalmente considerada como parcela da *não-cidade*, no caso aqui trazido tematiza-se o interesse em bens como saúde, segurança, sossego e bem-estar, diretamente relacionados à qualidade de vida urbana.

Com base em relato sucinto do acórdão, realizado na seção 1, identificamos cinco problemas relevantes para debate nas seções 2 e 3. Tais problemas foram aglutinados em torno de dois eixos, que se destacam nos estudos de O'Donnell como eixos fundamentais para a revisão da teoria da democracia: a questão da *agency* (de íntimas conexões com a questão da cidadania, não deixando de ser uma forma de vocalizá-la), e a questão do *Estado legal* (mediante a qual poderemos adentrar no campo jurídico e na complexa questão da inefetividade da lei e do princípio do “*rule of law*”).

A propósito do debate dos cinco problemas extraídos do caso exposto na seção 1, buscamos realizar uma análise crítica da decisão judicial e do papel do Estado face às contradições do desenvolvimento urbano. Aqui, nos diferenciamos um pouco da maior parte das análises de política urbana, que se concentram no desempenho do Estado-administração, buscando enfatizar o papel igualmente fundamental do Estado-juiz na gestão urbana.

## **2. Um ponto de partida para a reflexão: conflito possessório entre moradores de favela**

O uso dos serviços judiciais por parte de segmentos sociais empobrecidos<sup>2</sup> não é muito constante, sobretudo no que diz respeito às questões de natureza civil.<sup>3</sup> Várias evidências apontam na direção desta assertiva, desde observações pontuais, até os dados do IBGE<sup>4</sup>, os quais foram objeto de análise por Wanderley Guilherme dos Santos (SANTOS, 2003,), passando por pesquisas sistemáticas realizadas por estudiosos do problema do acesso à justiça, e culminando com informações disponíveis no *website* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.<sup>5</sup> Ao realizarmos busca de decisões de 2ª instância neste Tribunal utilizando a palavra-chave “*favela*”, obtivemos não mais que 102 acórdãos num lapso de tempo de 30 anos (período entre 1975 e 2006). Examinando o teor de tais decisões, verificamos que boa parte delas não se refere a processos onde estiveram em jogo interesses de moradores de favela, mas sim situações em áreas *próximas* ou nas *imediações* de favelas.

Se a busca for realizada no extinto Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, órgão cuja competência se referia precisamente a questões de menor valor ou complexidade, o resultado é mais decepcionante ainda: entre 1975 e 1998, não se registram mais do que 2 (dois) acórdãos com a mesma palavra.<sup>6</sup> Certamente existem, no Tribunal fluminense, centenas ou milhares de questões judiciais movidas por pessoas pobres que ou não chegaram à 2ª instância (sendo resolvidas na instância originária) ou não foram indexadas com as palavras que utilizamos em nossa busca.<sup>7</sup> O dado que obtivemos deve ser visto como informação parcial sobre o fenômeno do não-acesso à justiça pelos segmentos empobrecidos<sup>8</sup>, trazido à baila sem intenção de quantificar o fenômeno em tela, mas sim de, ao lado das demais evidências mencionadas, corroborar a assertiva inicial.

Os dados acima talvez já fossem suficientes para justificar, do ponto de vista metodológico, a análise dos poucos casos encontrados, a fim de descobrir algo sobre as “*exceções*”, isto é, saber porque determinados pobres, pouquíssimos dentro do universo tanto populacional, quanto das freqüentes violações a direitos civis, decidiram dirigir uma demanda ao Poder Judiciário. No entanto, em nossa breve pesquisa, chamou-nos atenção particularmente uma decisão, que nos dá oportunidade de discutir algumas questões intimamente relacionadas ao debate a respeito da democracia e dos tortuosos processos mediante os quais esta vem sendo esboçada em sociedades como a brasileira. Por essa razão, tomaremos esse acórdão como ponto de partida de nossa reflexão, fazendo com que a mesma parta de uma referência empírica.

Em 12.09.1990, a 5ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro julgou um recurso contra uma sentença prolatada em ação de reintegração de posse, cujas partes eram dois moradores da favela da Rocinha, na cidade do Rio de Janeiro. A autora, residente num barraco situado nessa favela, insurgiu-se contra seu vizinho, alegando que o mesmo invadiu sua posse ao construir uma escada e ao colocar um tubo de esgoto em local inadequado, de forma a causar-lhe prejuízo. A decisão de 1º grau fora pelo indeferimento do pedido, tendo sido confirmada, unanimemente, pela 5ª Câmara. Eis a ementa e alguns trechos essenciais da decisão em tela:

**AÇÃO POSSESSÓRIA ENTRE MORADORES DE FAVELA – COLOCAÇÃO DE TUBOS DE ESGOTO E ESCADA EM LOCAIS INADEQUADOS – INAPLICABILIDADE DAS REGRAS EDILÍCIAS – SENTENÇA PROLATADA COM BASE NA PROVA PERICIAL**

[...]

**Impossibilidade, na ausência de demarcações de espaços dessas humildes edificações, que não permitem saber onde começa a posse de um e termina a do outro, conclui-se pela [não ocorrência da] invasão alegada pela autora [...].**

[...]

É tipo de ação que não é comum no foro, precisamente porque esses espaços nos morros em geral, não obedecem às leis edilícias e os moradores, por sua vez, não possuem títulos de propriedade de seus respectivos terrenos, o que torna extremamente difícil, à luz do direito, saber com segurança quando um está invadindo o espaço do outro.

[...]

O local do fato é uma das mais populosas favelas cariocas, que contem milhares de barracos construídos ao léu, sendo impossível se saber onde começa e onde termina a posse de cada membro de sua comunidade tão pobre e tão sofrida.<sup>9</sup>

Não obstante a realização de prova pericial – vistoria do local do litígio por perito, instruída com fotografias – que foi objeto de rasgados elogios no acórdão, bem como de se reconhecer a situação de marcada animosidade pessoal entre as partes, o Tribunal manteve a decisão do juízo de 1ª instância - também bastante elogiada -, reiterando as “*circunstâncias especiais que cercam a hipótese*”.

Da decisão acima sumariamente reportada, extraímos os seguintes aspectos considerados relevantes, que desejamos reter para um exercício de análise nas seções seguintes:

1. a visão que o Tribunal tem dos interessados e do grupo social ao qual pertencem;
2. a decretação judicial da não-vigência das normas urbanísticas em favelas e locais de “*urbanização desordenada*”;
3. a declaração da impossibilidade de uma resposta jurídica à demanda formulada;
4. a ausência de propriedade formalizada como um dos fundamentos para a declaração acima (nº. 3);
5. a visão da situação *sub judice* como essencialmente “*sui generis*” (especial).

### **3. A difícil conquista da cidadania civil, política e social: a presunção da *agency***

Na obra de Guillermo O'Donnell (O'DONNELL,1999) encontramos um amplo

esforço de revisão da teoria da democracia, movida especialmente pela intenção de produzir um *corpus* teórico adequado à experiência das “*novas democracias*”, isto é, daquelas sociedades fora do eixo das democracias pioneiras, o que ele chama de “*democracias originárias*”, que compreenderia o quadrante Noroeste do globo - os Estados Unidos e a Europa Ocidental – além da Austrália e da Nova Zelândia. Parece-nos que a intenção do autor é produzir uma teoria da democracia que não peque por etnocentrismo, uma vez que a experiência das novas democracias imporia uma ampliação do conceito de democracia, obrigando-nos a cogitar de variáveis que não foram consideradas na teoria clássica, a fim de dar conta dos problemas reais da consolidação democrática nas novas experiências. Nesse sentido, O'Donnell propõe, como eixos para a revisão almejada, relacionar o regime democrático a algumas características do Estado e do conjunto do sistema social, bem como às diversas questões associadas à idéia de *agency* (O'DONNELL, 1999,) A *Agency* representaria uma instituição fundamental da democracia.<sup>10</sup> Consistiria na presunção de autonomia, responsabilidade e razoabilidade atribuída aos indivíduos<sup>11</sup> pelo sistema legal no regime democrático (O'DONNELL, 1999), que lhes confere legitimidade para tomar decisões em seu próprio interesse e que podem acarretar-lhe obrigações e responsabilidades. “*Pode ser que os indivíduos não exerçam esses direitos, mas o sistema jurídico os conceitua como igualmente capazes de exercitá-los, assim como de desempenharem as obrigações correspondentes*” (O'DONNELL, 1999,), até porque, do ponto de vista do individualismo, o não-exercício de um direito é uma das faculdades que se contém no próprio direito. No campo jurídico, em especial no chamado *Direito Privado*, a atribuição da *agency* corresponde:

- (a) ao processo de individualização dos direitos, que deixam de pertencer a entes coletivos como as famílias, clãs ou aldeias, passando a definir-se como *direitos subjetivos*;
- (b) ao reconhecimento da autonomia da vontade, vendo-se nos contratos uma manifestação dessa autonomia, da qual não se pode prescindir a fim de definir o conteúdo e assegurar a validade jurídica dos acordos;<sup>12</sup>
- (c) à definição de regras para restrição da capacidade dos indivíduos para praticar atos com efeitos jurídicos.

O *agent* seria uma entidade moral essencial à democracia, isto é, alguém concebido da seguinte maneira, O'DONNELL, 1999,):

[...] dotado de razão prática, ou seja, que faz uso de sua capacidade cognitiva e motivacional

para tomar decisões racionais em termos de sua situação e de seus objetivos, e dos quais, salvo prova conclusiva em contrário, é considerado o melhor juiz. [...] ele se verá (e será visto pelos outros) como responsável por suas escolhas e, ao menos, pelas conseqüências diretas que delas decorram.

O propósito de O'Donnell em revisar a teoria democrática é alimentado pela percepção de que a teoria atual inclui certos “*pressupostos não examinados*”, noções implícitas, e nem sempre corretas, que interpretam como dados, automáticos ou naturais alguns fatores que, na verdade, dependem de determinadas condições de existência de caráter histórico. Assim, para que possamos falar em *agent*, ou ainda em *cidadão*, há que se necessariamente interrogar sobre os processos sociais pelos quais esses papéis sociais se estruturaram, sendo um equívoco, teórico e político, a pressuposição da existência desses processos. Uma vez que a experiência das democracias originárias possui uma marcada influência sobre a teoria democrática, verificam-se dificuldades em reconhecer esses pressupostos, hoje um tanto óbvios nessa experiência e, talvez, remetendo a questões superadas, mas que não podem ser assim considerados nas experiências novas, como a latino-americana. Estaríamos, aqui, diante de um bom exemplo da necessidade, assinalada por autores como Bourdieu (2004), de nos afastarmos das pré-noções e do senso comum a respeito de nosso objeto de estudo, a fim de poder conhecê-lo melhor, bem como das dificuldades inerentes ao conhecimento daquilo que nos é muito familiar e, logo, aceito como auto-evidente.<sup>13</sup>

O'Donnell procura, então, demonstrar a centralidade da condição de agente no processo de constituição do regime e do Estado democráticos, bem como a trajetória histórica mediante a qual essa condição inscreveu-se e universalizou-se nos países originários. Ele afirma que a democracia resultaria não de um suposto consenso, contrato ou processo deliberativo, mas de uma “*aposta institucionalizada, universalista e includente*” (O'DONNELL, 1999), além de sustentada pelo sistema legal, na capacidade dos indivíduos gerirem de maneira autônoma os seus interesses, quer na esfera privada, quer na esfera pública. Quanto mais arraigada essa aposta, mais democrático o regime político, o Estado e, em última instância, a própria sociedade. Segundo afirma, “*a história da democracia é, em toda parte, a história da difícil aceitação dessa aposta*” (O'DONNELL, 1999)

De outro lado, a democracia resultaria de uma extensão, ou transposição, à esfera pública de um conjunto de liberdades e faculdades de agir conquistadas e vigentes nas relações civis, em outras palavras, de uma politização ou publicização da *agency*. Tal idéia

figura de maneira central na obra dos fundadores do pensamento político moderno, ao longo dos séculos XVII ao XIX. Também essa “extensão” não deve ser naturalizada, uma vez que objeto de lutas políticas e de uma condensação das “*cruéis lições deixadas pelas guerras religiosas dos séculos XVI e XVII*” (O’DONNELL, 1999). Assim, quando, ao longo do século XIX, as democracias originárias floresceram, a aposta democrática foi feita sob risco calculado, uma vez que operava sob a base sólida de liberdades privadas previamente cristalizadas como aquisições culturais de um povo. A cidadania civil serviu, pois, de suporte à cidadania política, valendo-se dos conceitos, leis, jurisprudência e ideologia cultivados, ao longo de séculos no âmbito daquela. Dessa forma, e com o auxílio de outros instrumentos<sup>14</sup>, os riscos e conflitos inerentes à empreitada democrática tornaram-se administráveis, não conduzindo à processos de desagregação social ou à temida democracia direta e ao “*governo das massas*”<sup>15</sup>. Haveria, assim, condições objetivas de que fossem aceitas as decisões tomadas democraticamente, por mais que um grande número de indivíduos pudesse julgá-las equivocadas, de maneira análoga a qual todos foram habituados, não sem uma dose de força e coerção, a respeitar a esfera privada alheia e a observar as limitações à liberdade individual que daí decorrem. Portanto, diríamos que a democracia representa a superação - parcial, contraditória e jamais definitiva<sup>16</sup> - da visão de certos grupos sociais como perigosos, incapazes, não confiáveis ou indignos, adotando-se o procedimento de controlá-los mediante a sua inclusão e integração ao regime político. Um outro momento importante dessa contraditória superação consistiria no advento da proteção social, dado basicamente ao longo do século XX, no qual teria ocorrido o segundo desdobramento histórico da cidadania civil, dando ensejo à cidadania social, configurada no sistema de legislação social.

As colocações até aqui feitas sobre o caráter fundante da *agency* para a aposta democrática parecem-nos efetivamente úteis para a compreensão de problemas da democracia, e mais amplamente da própria ordem social, no caso latino-americano. A experiência das democracias originárias, abstraindo-se de qualquer juízo moral a respeito de seu maior ou menor êxito, ou de outras qualidades que possa apresentar<sup>17</sup>, pode ser tomada como um ponto de referência para a entrada em problemas particulares das novas democracias.

Voltando à decisão judicial comentada na seção anterior, observamos que a maneira pela qual a autoridade pública representa os indivíduos que a demandaram é marcada pela compaixão com a situação por eles vivida – “*comunidade tão pobre e sofrida (...) vivendo em humildes edificações*”. A grande questão parece-nos residir em quais consequências extraem-



se dessa representação. A melhor das possibilidades talvez aponte na direção de tomar tal demanda como um chamamento ao Judiciário para a garantia dos direitos civis - e/ou sociais, e/ou à cidade - no caso concreto, isto é, dada a gravidade da situação, mais do que nunca se faria indispensável que os julgadores lançassem mão de toda a técnica jurídica disponível, a fim de produzir uma decisão de caráter emancipatório e segundo o princípio da *agency*. No extremo oposto, a solidariedade expressada para com a situação de miséria não iria além do que O'Donnell (1999) chama de “*retórica da denúncia*”, um lamento profundo que não produz nenhuma consequência jurídica relevante no processo, um estado de espírito da **pessoa** que não encontra rebatimento no comportamento do **juiz**, uma alienação entre a percepção de necessidades sociais objetivas e a construção de argumentos a fim de produzir a decisão judicial. O'Donnell faz referência a esta espécie de alienação no campo das teorias da democracia predominantes. Muitas dessas, embora reconheçam a gravidade da situação social em muitas das novas democracias, não tiram deste fato as consequências analíticas mais profundas, contentando-se com uma insuficiente denúncia do fato. Os dois casos parecem-nos, de fato, análogos. Tanto o Tribunal fluminense, quanto algumas correntes da teoria democrática, cada um em seus respectivos *metiers*, não se mostraram capazes de retirar consequências operativas e práticas de um fato empírico que lhes parecia evidente e grave.

O segundo questionamento que nos vem à mente refere-se às razões dessa alienação. A chave explicativa parece-nos que se liga a tudo que se disse até aqui relativamente à figura do *agent*, representação que estaria menos marcada na perspectiva do Tribunal do que aquela típica de formas mais tradicionais de se lidar com a questão social, nas quais se trabalha centralmente com a figura do *pobre carente*. Desde os trabalhos da chamada *Escola de Chicago*<sup>18</sup>, afirma-se que a *pobreza* configura uma determinada construção social, não se resumindo a algo fruto da pura e simples apuração da faixa de renda dos membros da coletividade, o que se considera uma visão redutora e empirista a respeito desta categoria. Tal construção radica-se em elemento passivo, que configura o pobre como objeto da ação assistencial que a sociedade de alguma maneira lhe deverá. Assistência esta de caráter nitidamente conservador, não tendo como meta, e nem mesmo como tendência, a superação da distinção social entre pobres e não-pobres. Ao contrário, ela se baseia na estrutura social atual, buscando apenas mitigar certas manifestações extremas dessa diferença, a fim de que ela possa perpetuar-se sem convulsões sociais. Segundo a assistência “*não tem motivo algum para socorrer o sujeito mais do que exige a manutenção do 'status quo' social*”.<sup>19</sup> (SIMMEL, 2002), Assim, resta bastante prejudicada a percepção dos pobres como sujeitos de direitos,

ficando seus interesses relegados ao plano das *necessidades*, uma outra relevante categoria sociológica, determinante de um padrão de comportamento social e político de diferenças marcadas com relação ao sujeito de direitos, uma vez que opera como forma de dominação, definindo relações de profunda subordinação entre pobres e autoridades públicas.<sup>20</sup>

O *pobre*, entendido como categoria social, seria alguém ontologicamente desprovido de *agency*, e quanto mais os indivíduos sejam enquadrados nessa categoria, menos condições objetivas terão de lhes serem reconhecidas, e asseguradas, a autonomia, a racionalidade e razoabilidade de suas escolhas, decisões, interesses ou comportamentos. Isso ocorre uma vez que não se reconhece a possibilidade de existência de comportamentos, valores e princípios de ação compartilhados entre pobres e não-pobres. Dessa forma, as políticas e as demais ações dirigidas aos pobres - desde um programa habitacional até uma decisão judicial - são historicamente marcadas pela *capitis deminutio* com que estes são vistos, o que demonstraria a validade das afirmações de O'Donnell acerca da indispensabilidade do pressuposto contido na noção de *agency*. São vários os exemplos que poderíamos citar para ilustrar esse problema:

- a chamada “*falácia da participação*” em grande parte das políticas sociais, realizadas com baixo grau de informação e de *accountability*, sendo os processos efetivos de consulta aos beneficiários ou ausentes ou realizados quanto a aspectos adjetivos ao desenvolvimento das ações (FIGUEIREDO & FIGUEIREDO, 1986);
- os direitos limitados obtidos pelos beneficiários das políticas habitacionais, em que é comum existirem restrições à capacidade de dispor sobre o imóvel, especialmente, de aliená-lo (IBAM, 2002);
- as freqüentes afirmações de que os pobres estariam mais sujeitos a serem manipulados, carecendo não apenas de recursos materiais, mas, sobretudo, de “cultura” e de informação, a serem “fornecidas” por segmentos “mais esclarecidos” ou melhor instruídos (HELD, 1987);
- a crítica ao “despreparo” da população para negociar, com o poder público, a implementação de medidas de provimento dos mínimos sociais, uma vez que essa se manteria aferrada a posturas paternalistas e a relações clientelistas, necessitando ser “capacitada” para relacionar-se de maneira autônoma e, conseqüentemente, habilitar-se como partícipe das políticas públicas (IBAM, 2002; GAY, 1997).

Com relação à representação ora debatida, extraímos do relatório da pesquisa realizada

pelo IBAM, a respeito das dez experiências de Programas de Regularização Fundiária mais relevantes no Brasil, algumas colocações que reputamos exemplares:

Como resultado [dos Programas de Regularização], a população beneficiária vem “superando a condição de mera espectadora, e se consolidando como uma organização participativa/propositora de ações municipais”. O exercício da participação tem se revelado como um aprendizado, onde a população passa a distinguir quais das suas demandas implicam em novos investimentos – e que, portanto, devem ser aprovadas no Orçamento Participativo – e quais se referem à manutenção da cidade. Ao mesmo tempo, a participação comunitária evolui dos temas de interesse individual mais imediato, para questões de caráter coletivo.[...]

Assim, o desafio que se impõe ao aperfeiçoamento dos mecanismos de mobilização e participação comunitárias é vencer a chamada “cultura do individualismo”, através da preparação das comunidades e suas lideranças para o exercício consciente dos direitos e deveres de cidadania. (IBAM, 2002,)

Em suma, a noção implícita na análise acima é a de que se o comportamento dos beneficiários dos programas não for pautado pelo “*universalismo de procedimentos*” (NUNES, 1997), não se lhes reconhece a *agency*, vale dizer, a lição democrática não teria sido aprendida pelos beneficiários, que estariam persistindo em seu “*atraso*” político, e não agindo como “*partícipes conscientes*”.

Portanto, se a condição de *agent* configura um lugar comum na experiência originária, a ponto de sua importância passar despercebida, no caso brasileiro e latino-americano deve-se reconhecer que tal condição é sistematicamente posta em questão, por diversos modos e pessoas. Nesse segundo caso, o “pressuposto não examinado” talvez seja exatamente o oposto do primeiro, isto é, o não reconhecimento da *agency* seria algo tão arraigado nestas sociedades, de modo que se torna difícil percebê-lo e combatê-lo, até porque a sociedade vai criando dinâmicas que permitam a sua reprodução a despeito de tal condição. Não são somente as autoridades públicas – juízes, administradores e legisladores – que a põem em questão, mas parece tratar-se de algo difuso na sociedade, conforme se vê nos dados a esse respeito, invocados por O’Donnell<sup>21</sup> e por Wanderley Guilherme<sup>22</sup>.

Parece-nos claro haver fatores que, objetivamente, dificultam o exercício da autonomia por parte dos segmentos empobrecidos. Concordamos com a afirmação de (O’DONNELL,1999) segundo a qual o contexto de miséria e de constante temor da violência, no qual vivem amplos segmentos sociais na América Latina, afeta o desenvolvimento físico e

emocional de tal forma que estabelecem uma “*vida de escolhas forçadas*”, que não goza da liberdade pressuposta ao *agent*. No entanto, isto não nos autorizaria a supor que as escolhas de tais segmentos não sejam - e não possam ser - racionais, razoáveis e responsáveis, bem como, o que é mais grave, a substituir a vontade desses segmentos por aquela de outros setores autorizados a tomar decisões com “*mais responsabilidade*”. As evidências recentes, oriundas da observação das preferências eleitorais nas últimas décadas, no Brasil, permitem supor o oposto, isto é, que segmentos socialmente inferiores já estejam fazendo escolhas de forma cada vez mais independente não somente dos grandes órgãos de comunicação, como também daqueles segmentos tradicionalmente vistos como “*formadores de opinião*”<sup>23</sup>.

Em suma, as condições sociais adversas não podem tornar nebuloso o fato de que a aposta democrática é uma escolha política feita por sociedades, como forma de redefinir as relações sociais em seu seio a fim de alcançar novos patamares de desenvolvimento e de bem estar. As escolhas até aqui realizadas, ao menos no caso brasileiro e de várias sociedades latino-americanas, têm levado a que estas democracias ganhem qualificativos ou graduações, tais como democracias “tutelares”, “de fachada”, “nominais”, “rituais”, “de baixa intensidade”, “não poliárquicas”, “quase poliárquicas”, e outros, que denunciam os limites e contradições da aposta democrática, não obstante a existência de eleições livres, competitivas, decisivas e institucionalizadas. De outro lado, há vários fatores que podem contribuir para fortalecer as possibilidades históricas dessa aposta, como a própria vigência formal de um sistema de direitos civis, políticos e sociais, que, conforme O'Donnell, (1999,), teria, no mínimo, a potencialidade de serem apropriadas pelos pobres como plataforma de proteção e fonte de poder nas lutas pela melhoria de sua condição social e de seu reconhecimento como agentes. Se encontrarmos evidências nesse sentido, teremos demonstrado, talvez de maneira definitiva, a singularidade da experiência das novas democracias face às originárias, nas quais a aposta democrática dependeu da pré-existência e consolidação de direitos civis, o que não se verifica no caso das novas democracias. Essa possibilidade é admitida por ao afirmar que “*o processo de construção da concepção jurídica da agency individual foi tudo menos linear e pacífico*”.( O'DONNELL,1999)

#### **4. A questão do *Estado Legal*: as leis do Estado vigoram nas favelas?**

Segundo O'Donnell o *Estado legal* é a parte do Estado que é personificada num

sistema de leis, que, penetrando e estruturando a sociedade como um todo, fornece um quadro básico para as atividades sociais, conferindo relativa estabilidade e previsibilidade às relações sociais.<sup>24</sup> ”.(O’DONNEL,1998)

O Estado legal é um dos pilares da aposta democrática, que não pode prescindir desse instrumento para sua constituição e perpetuação. Assim, para falar em democracia deve-se ter em conta não apenas aspectos relativos ao regime político, como também aspectos relativos ao Estado. Requer-se, portanto, que

[...] as pessoas devam ser capazes de confiar na lei quando agem, [...] que ela [a lei] exista, que seja conhecível, que suas implicações sejam relativamente determinadas e que se possa esperar com confiança que ela estabeleça limites dentro dos quais os principais atores, incluindo-se o governo, agirão. (O’DONNELL, 1998)

O’Donnell distingue o *Estado legal* do *Estado burocrático*. Esse último consistiria na existência de um *corpus* de funcionários, selecionados e treinados especialmente para a realização de determinadas tarefas de interesse público e organizados em carreiras que provejam as condições necessárias ao exercício de sua função (WEBER, *apud* HELD, 1987) O Estado burocrático é um dos requisitos para o êxito da democracia, conforme lembra Schumpeter, bem como é algo inescapável no contexto da racionalização do poder político, conforme diria Weber. Mesmo no caso das democracias com alguma das espécies de déficit indicadas na seção anterior, pode-se afirmar que o Estado burocrático, em linhas gerais, encontra-se constituído. Embora também nessa matéria se possam identificar distintos graus de burocratização, nenhum Estado prescinde de um aparato mínimo sem o qual não subsistiria enquanto organização que pretende monopolizar o uso legítimo da violência. O Estado burocrático pode ser identificado em agências como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os órgãos policiais, carcerários, fazendários, cartorários, etc. No tocante à política urbana, teríamos uma importante expressão do Estado burocrático nos órgãos encarregados do controle urbanístico, que detém o “*poder de polícia administrativa*” nessa matéria, envolvendo as competências de licenciamento e fiscalização de atividades de parcelamento, construção (ou ocupação) e usos (ou atividades econômicas) realizadas no espaço das cidades.

Já o problema da constituição do Estado legal configura algo mais complexo e, nesse caso, várias democracias latino-americanas talvez não “passem no teste”. Nesse caso, trata-se não apenas de dispor-se de um *corpus* de agentes públicos ou de um sistema legal instituído

de acordo com as regras democráticas, mas, sobretudo, de garantir, com esses e outros instrumentos, a efetividade do sistema de leis em todo o território do Estado, em todos os tipos de questões e para todos os tipos de pessoas, grupos e organizações.<sup>25</sup> Assim, independente das diferenças de classe, condição social ou poder político e econômico, a vigência do Estado legal supõe a aplicação da lei – na esfera administrativa ou judicial – de maneira racional e conforme procedimentos públicos e pré-estabelecidos (O'DONNELL, 1998). Mais do que isso, uma vez que se trata de um dos requisitos para a constituição da democracia, para a configuração do Estado legal não se faz abstração das características do sistema de leis a ser efetivado, que deve, portanto, ser baseado no conceito de *agency*, sem o que teríamos aquilo que O'Donnell chama de “*pobreza legal*”. (O'DONNELL, 1998); Ou seja, o requisito em questão consiste na existência e efetividade de um sistema legal que garanta universalmente a autonomia e a liberdade dos cidadãos, a fim de que possam se constituir como agentes. Para a aposta democrática, a efetividade de um sistema legal distanciando do conjunto dos seus pressupostos seria tão perversa quanto a inefetividade das leis. Isto implica em cogitarmos tanto de direitos civis como de direitos sociais, vale dizer, implica em garantir tanto a igualdade formal quanto um mínimo de igualdade material, ou substancial, sem o que, como já vimos, a primeira pode se ver irremediavelmente comprometida. Nesse sentido, vale invocar a célebre máxima de Rousseau, segundo a qual “*só poderia haver democracia quando não houvesse ninguém tão pobre que, para sobreviver, tivesse que se vender, ou ninguém tão rico que pudesse comprar alguém*”.

Nesse sentido, O'Donnell nos oferece um amplo relato sobre as distorções e os paradoxos dos sistemas legais na América Latina, o que indicaria uma “*séria abdicação da autoridade democrática*”<sup>26</sup> (O'DONNELL, 1998); nesse continente. Ele relaciona uma série de expressões desse problema, tais como:

- a. existência de aspectos discriminatórios (negativos) na legislação;
- b. aplicação pessoalizada da lei, isto é, condicionada pelo capital econômico, político ou social dos envolvidos;
- c. inacessibilidade ao Poder Judiciário e a processos justos pelos segmentos desprivilegiados;
- d. existência de “*áreas marrons*”, ou “*zonas pardas*”, isto é, regiões mais ou menos extensas, tanto no campo quanto na cidade, em que o sistema legal não tem vigência efetiva, conquanto estejam elas integradas do ponto de vista político, territorial ou econômico, dando margem à constituição de formas privatizadas de

regulação social.

No presente ensaio, em consonância com a delimitação do objeto feita na seção 1, interessa-nos especialmente fazer algumas considerações sobre a problemática “d” acima citada, que apresenta algumas relações com as demais, sobre as quais faremos referências *en passant*. Em tais “*zonas pardas*”, (O’DONNELL, 1998), afirma O’Donnell o Estado burocrático pode estar presente, na forma de prédios e funcionários públicos, porém o Estado legal está ausente, uma vez que a legislação formalmente em vigor é aplicada, quando muito, de forma intermitente. Desse modo, acaba sendo englobada pela legislação informal, que se constitui por uma complexa interação de atores privados e funcionários públicos, orientada, no entanto, para finalidades que podem ter pouca relação com interesses públicos ou coletivos. Trata-se de uma situação da qual se podem colher inúmeros exemplos na experiência latino-americana, onde sistemas legais nacionais de características tendencialmente poliárquicas, convivem com subsistemas informais de caráter localizado (pertinentes, em regra, a regiões socialmente periféricas), de pouca inspiração e/ou compromisso com a aposta democrática. Curiosamente, tal convivência, à primeira vista, não tem se demonstrado absolutamente incompatível com o regime democrático, uma vez que, mesmo sob esse regime, as *zonas pardas*, bem como aquilo que, mais recentemente, vem sendo chamado de “*espaços da informalidade*”, têm se expandido nas últimas três décadas, provavelmente alimentadas por crises econômicas e políticas antiestatistas (O’DONNELL, 1999).

Outro aspecto do Estado legal que nos parece fundamental, sobretudo face ao caso relatado na seção 1, consiste na impossibilidade de quaisquer dos poderes ou dos membros da burocracia, mesmo aqueles situados nos postos mais altos, agir *de legibus solutus*, declarando-se acima, fora ou além do alcance do sistema jurídico e das obrigações que ele estabelece. Nas palavras de O’Donnell, “*não há nenhum momento no qual a vontade de um determinado ator possa justificadamente cancelar ou suspender as regras que governam o seu comportamento*”. (O’DONNELL, 1998).

Dessa forma, ou o governo, a judicatura e todos os demais atos do Estado sujeitam-se e regem-se pela lei ou não se materializa a estabilidade e previsibilidade acima aludidas. Sem esse aspecto a democracia não se distingue dos demais regimes, nos quais “*(...) há sempre alguém – um ditador, um rei, um partido de vanguarda, uma junta militar, uma teocracia, etc. – que, por decisão unilateral, pode anular ou suspender qualquer norma legal existente, inclusive as que regulam seus papéis*” (O’DONNELL, 1999,).

Entendemos que a legislação urbanística constitui um capítulo especialíssimo do problema da efetividade da lei e da constituição do Estado legal no Brasil e, certamente, em vários outros países latino-americanos. Os inúmeros estudos<sup>27</sup> a respeito da “*irregularidade urbanística*”, ou “*ilegalidade urbana*” como outros preferem, são praticamente unânimes em apontar esse fenômeno como um problema crônico do processo de urbanização, sendo a irregularidade uma marca desse processo em quase todas as cidades brasileiras, com poucas exceções. A falta de capacidade do poder público em exercer o controle do desenvolvimento urbano demonstra-se em equipes reduzidas, ausência de programas de formação, precariedade de infra-estrutura, trabalho desenvolvido de forma individualizada, sem reuniões de planejamento e avaliação, hierarquias rígidas, além de fragmentação institucional (orientações diferenciadas entre órgãos administrativos, desconhecimento recíproco de ações, decisões e programas). No caso do Rio de Janeiro, a ausência de licença para execução de obra é um problema encontrado em cerca de 70% dos processos analisados pela Prefeitura da cidade, no ano de 2002 (CARDOSO, 2003). Em cidades médias, como Viçosa (MG), estes índices são ainda maiores, ultrapassando a 90% das construções realizadas ao longo da década de 1990 (FERNANDES, 2003,). Segundo Cardoso (2003), as causas de tais índices impressionantes estariam:

- (1) no desconhecimento da norma pela população;
- (2) na complexidade e intransparência da legislação, que dificulta o processo de licenciamento;
- (3) na falta de capacidade do poder público em fazer cumprir a legislação, deslegitimando a sua capacidade de regulação. No Rio de Janeiro, verifica-se que os processos quase nunca chegam a situações de embargo, e nunca a de demolição.

Analisando-se os itens acima, vemos que o 1º se relaciona com os problemas relativos à *agency*; o 2º se relaciona ao aspecto discriminatório da legislação; enquanto o 3º se relaciona a ausência do Estado legal, embora o Estado burocrático tenha se constituído.

Na experiência das democracias originárias, a legislação urbanística e o conjunto de infra-estruturas urbanas são alguns dos elementos de um pacote de intervenções e de direitos básicos que surgem no bojo da formação do Estado de Bem-estar Social e na reforma social por esse proposta. No pacto social firmado entre mercado e poder público, cabe a esse último garantir a sobrevivência dos trabalhadores através de um “*mínimo social*” (CARDOSO, 2003,). Em contraposição ao modelo liberal clássico, os graves problemas urbanos causados pelo livre desenvolvimento dos mercados justificavam vários tipos de intervenção pública na



produção da cidade. De outro lado, no caso das novas democracias, observa-se a inoperância do Estado legal no que tange aos dois lados do território social, isto é, tanto para “*zonas pardas*” como para as áreas urbanas ditas “*centrais*” verifica-se a insuficiência da ação do Estado em fazer valer o “*rule of law*”. Surge, assim, a ambígua “*liberdade urbanística*” a qual diversos observadores têm se reportado desde, pelo menos, a década de 1960, quando o urbanista norte-americano John Turner fez referência ao problema em suas conferências no Brasil (TURNER, 1968).

À luz de todas as considerações ora feitas a respeito do Estado legal, pode-se fazer uma avaliação mais profunda dos significados da decisão que trouxemos na seção 1. Observamos que o acórdão parte de um juízo de fato irrepreensível – de que nos espaços favelizados, via de regra, não se observam as leis edilícias<sup>28</sup> – para um juízo de direito bastante problemático, para dizer o mínimo, de que as regras edilícias seriam absolutamente inaplicáveis nas favelas. Dessa forma, o Judiciário não fez mais do que se render aos fatos, tornando as “*zonas pardas*” um fato social reconhecido e legitimado pelo Direito. Se considerarmos que o acórdão em questão consta de publicação que visava reunir as decisões formadoras de precedentes judiciais, teremos como resultado a abdicação da autoridade democrática de que fala O'Donnell, isto é, o próprio Estado, através de seus magistrados, estaria declarando que desiste da tarefa de fazer valer as normas que ele próprio positivou. Em outras palavras, nessas “*zonas pardas*” o Estado brasileiro se resumiria ao Estado burocrático, uma vez que os interessados tiveram acesso ao Estado-juiz a fim de “resolver” o conflito de interesses, não se constituindo, porém, enquanto Estado legal, uma vez que admite que o sistema legal é inaplicável nessas regiões.

Não teriam os julgadores, no caso, operado como se fossem dotados de poderes *de legibus solutus*, chamando a si a tarefa de virtualmente ab-rogar normas legais? Por mais que reconheçamos a inadequação real das normas urbanísticas a assentamentos como as favelas, daí não se pode deduzir, sem prejuízo à idéia de Estado legal, que as autoridades públicas estariam autorizadas a excluir formalmente a população aí residente de proteção jurídica por parte do Estado, deixando seus bens, direitos e interesses expostos à total insegurança jurídica. Tal postura seria comparável às inúmeras espécies de violações de direitos humanos dos segmentos desprivilegiados, ora perpetradas diretamente por agentes públicos, ora por agentes privados que contam com a cumplicidade dos primeiros. Assim, pode-se dizer que a decisão em comento, longe de suprir a ausência do Estado nas favelas e de apontar para a expansão do Estado Legal e da poliarquia, contribuiu para ratificar e aprofundar essa

ausência, se constituindo em mais um capítulo da contraditória implementação da democracia no continente latino-americano.<sup>29</sup>

De outro lado, o caso analisado parece sinalizar para o que O'Donnell chama de “*desenvolvimento dualista do sistema de justiça*”, no qual o foco dos investimentos institucionais está centrado nas questões de natureza econômica, comercial ou financeira, que preocupam a elite econômica, “*enquanto outras áreas de litígio e acesso à justiça permanecem essencialmente intocadas, corrompidas e persistentemente carentes de infra-estrutura e recursos*” (O'DONNELL, 1998)) Revela-se aqui a intermitência do Estado legal, cuja expressão judicial consistiria no que Wanderley Guilherme chama de “*justiça lotérica*”. Trata-se da aplicação da lei de maneira aleatória pelos órgãos judiciais, o que reforçaria a desconfiança, descrença e insegurança social quanto à vigência do “*rule of law*”, levando os cidadãos a cogitarem, sistematicamente, de mecanismos extrajudiciais, e mesmo extrajurídicos, de administração de seus conflitos de interesse (SANTOS, 1993.).

Segundo as concepções de democracia de corte institucionalista, como a de Robert Dahl (DAHL, 1997.), uma das características-chave da democracia residiria na contínua responsividade do governo aos cidadãos, considerados como politicamente iguais. Isto significa que, ao mesmo tempo em que o sistema democrático institui um determinado conjunto mínimo de direitos e liberdades fundamentais - mutável no tempo e no espaço, e teoricamente *indecidível*, no dizer de O'Donnell – deve, ao mesmo tempo, assegurar que todos os sujeitos de direito disponham de meios ordinários para apresentar suas demandas ao Estado. Assim, é inescapável que o Estado deva organizar-se para processar e responder satisfatoriamente a tais demandas, não se entendendo por isso a obrigatoriedade de aquiescer a estas demandas, mas sim de respondê-las de maneira não lacônica, obscura, ambígua ou que se valha de artifícios formais para escusar-se de enfrentar o mérito das referidas demandas.<sup>30</sup> Na perspectiva institucionalista, uma corrente que, face às enormes dificuldades teóricas e práticas, não propõe mais que uma concepção minimalista de democracia, se caracterizaria menos pelo fato de o Estado atender a todas as demandas sociais, ou ainda pelo fato de as decisões serem tomadas por “*todos*”, mas sim por responder igual e adequadamente a todas as demandas. Isso seria, repetimos, o **mínimo** que o Estado deveria aos cidadãos.

Dadas as premissas colocadas pelos institucionalistas, concebe-se o que hoje conhecemos como o direito fundamental à jurisdição, também chamado de acesso à justiça ou de inafastabilidade do controle jurisdicional. Em tal direito, garante-se não só a possibilidade de mover ações perante os tribunais, como de obter deles uma resposta adequada ao direito do

litigante, sob a evidente condição de que tal direito seja demonstrado, isto é, provado, na circunstância específica levada ao Estado-juiz. Também decorre daí um dos postulados necessários ao funcionamento racional do Estado responsivo, consistente no *mito da completude do sistema jurídico*, em outras palavras, na suposição de que o sistema legal organizado pelo Estado não contem lacunas, dispondo o juiz das instituições capazes de dar uma resposta a qualquer questão que lhe seja apresentada, por mais que “*tal tipo de ação que não seja comum no foro*”, como afirmou o Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro.<sup>31</sup> Historicamente, tal postulado foi necessário, entre outros motivos, no processo de consolidação do Estado moderno, no qual se fazia necessário eliminar qualquer poder que residisse nos demais ordenamentos sociais que lhe antecederam – familiares, estamentais, religiosos, corporativos, etc. Com ele, se deseja assegurar a responsividade do Estado-juiz, uma vez que, em sua falta, o magistrado poderia deixar de decidir uma questão alegando insuficiência normativa. O grau de democraticidade de um regime está, aqui, novamente em jogo.

Pode-se supor que a situação real sobre a qual versou a decisão relatada na seção 1 fosse, de fato, uma situação complexa. No entanto, considere-se, em primeiro lugar, que os tribunais de todo o mundo estão repletos de *hard cases*, e julgamos que é precisamente para enfrentar tais casos que os tribunais são aparelhados e seus membros rigorosamente selecionados, treinados e fiscalizados. Em segundo lugar, essa dificuldade exhibe o quanto a teoria e a prática jurídicas estão pouco habituadas ao trato das questões pertinentes às camadas sociais menos poderosas e influentes, momento em que se exhibe o caráter classista do trabalho jurídico. A mesma dificuldade também se demonstra no passo em que o Tribunal declara que os favelados “*não possuem títulos de propriedade de seus respectivos terrenos, o que torna extremamente difícil, à luz do direito, saber com segurança quando um está invadindo o espaço do outro*”. Ora, tal dificuldade é a dificuldade inerente ao tratamento do fenômeno possessório, e com ela os juristas se defrontam há milênios, uma vez que o instituto da posse nos é legado desde a Antigüidade. Exibe-se, outrossim, uma alienação em relação à própria realidade, onde, como vimos, a informalidade predomina amplamente, ao passo que os juristas somente se mostram aptos e afeitos a lidar com a “realidade” cartorária da propriedade. Não fora tal alienação, e os seus corolários ideológicos, não soaria como surpreendente, ou anômala, a descoberta de que sociedades como a brasileira não são “sociedades de proprietários”, mas sim “de possuidores” e/ou “de despossuídos”. Nas palavras utilizadas pelos próprios julgadores, a hipótese dos autos seria “*cercada de*

*circunstâncias especiais*". Não custa lembrar que tais circunstâncias, supostamente excepcionais, envolvem mais de 1 milhão de pessoas, somente na cidade do Rio de Janeiro, onde as favelas existem há mais de 100 anos, e onde, em última instância, desde o Código de Obras de 1937 colocou-se para a sociedade o "*problema da favela*".<sup>32</sup> Em terceiro lugar, e mais importante que tudo, não se pode perder de vista que a declaração de impossibilidade de resposta jurídica adequada a uma demanda formulada por um morador de favela pode sugerir o reconhecimento da impossibilidade da própria democracia.

Uma das formas pelas quais definiríamos o cerne do problema que vemos na decisão comentada, sob o aspecto do Estado legal, seria o de que a mesma possui uma enganosa aparência de democraticidade e de sensibilidade ao drama social que se exprime nas favelas. Explicando melhor, ao longo das décadas de 1970 e 1980, parece-nos ter havido um período de grande entusiasmo, teórico e político, com o "*Direito achado nas ruas*", ou "*Direito que nasce do povo*", para o qual muito contribuiu o trabalho de Boaventura de Souza Santos (SANTOS, 1977).<sup>33</sup> Tal entusiasmo andou *pari passu* com o total descrédito no Direito Legislado oriundo do Estado, uma vez que o continente latino-americano andava às voltas com regimes autoritários, de modo que toda a sua legislação era vista como não mais que o produto de um Estado autoritário. A isso somava-se a imagem do Estado como representante por excelência dos interesses da burguesia.<sup>34</sup> Tudo isso reunido, fazia-se o contraste entre as virtudes democráticas do Direito Popular e o autoritarismo e classismo do Direito Estatal. Acreditamos que a experiência democrática tem nos demonstrado que tal esquema é excessivamente maniqueísta e reducionista, perdendo de vista que a exclusão dos interesses populares do mundo do Direito Estatal, longe de configurar um processo de emancipação ou libertação dos oprimidos, pode significar uma sofisticada forma de dominação. Por inúmeras vozes e por diversos caminhos já se identificou que o Direito é um instrumento real de operação do poder. Assim, a luta pela emancipação das classes populares não passaria pelo confinamento das situações jurídicas surgidas em seu seio no exótico – e, no "*frigir dos ovos*", irrelevante – campo do "*Direito Alternativo*", "*Comunitário*" ou "*Popular*", mas sim por seu reconhecimento, legitimação – em uma palavra (por sinal, bastante em voga), *empowerment* – no interior do direito estatal. Vindo ao encontro dessas idéias, Edson Nunes afirma que as ciências sociais no Brasil até hoje não realizaram estudos rigorosos das instituições sociais ditas "*informais*"<sup>35</sup> – que, na verdade, são as instituições reais. Em virtude de sua suposta fluidez, tais instituições são ignoradas ou consideradas inconseqüentes para os estudos sociais, políticos e jurídicos, enquanto que apenas os estudos da ordem formal são

encarados com seriedade (NUNES, 1997,).

Dando um exemplo que nos parece bastante ilustrativo: acreditamos que, hoje, o enquadramento do chamado “*Direito de Laje*” como um “*Direito alternativo criado pelo povo*” vem menos ao encontro do interesse das milhares de pessoas que têm comprado, vendido e construído em lajes nas favelas, do que o seu reconhecimento como Direito Real de Superfície, questão que não vemos ser enfrentada na bibliografia especializada que trata do tema. No âmbito coletivo, a 2ª opção seria mais vantajosa por fornecer um meio de solução aos conflitos de interesse atuais em torno dessa situação, dando ao Estado oportunidade de prevenir que os mesmos se resolvam pelos diversos mecanismos de “*justiça privatizada*”. Assim, ampliar-se-ia o espectro do Estado legal e do princípio da *agency*, uma vez que se alçariam os interesses dos pobres do plano das *necessidades* ao plano dos *direitos subjetivos*. No campo individual, isso traria, no mínimo, a vantagem de permitir aos interessados o registro dessa situação nos cartórios imobiliários e a pretensão aos direitos e obrigações que a lei prevê para essa situação. Com uma ponta de ironia, diríamos que os interessados poderiam usufruir de tais direitos, salvo se, por azar, se deparassem com juízes como aqueles que julgaram o caso comentado na seção 1 do presente ensaio.

## 5. Considerações finais

No presente ensaio, procuramos debater uma situação que nos pareceu configurar um caso de negativa da *agency* e analisá-la de modo perceber suas implicações jurídicas e sociopolíticas. Vale dizer, uma vez que os interessados no litígio eram vistos com uma espécie de sentimentalismo, que lhes embaça a condição de agentes e de sujeitos de direito, desdobra-se a conclusão de inaplicabilidade, a sua situação, dos direitos e obrigações decorrentes da normativa urbanística, com o que se inviabiliza uma resposta jurídica ao conflito posto. Uma vez privadas da mediação do Estado, as partes ficam relegadas aos seus próprios meios de resolver o conflito, a ser resolvido no campo das necessidades e não dos direitos supostamente garantidos pelo sistema legal. A ausência do Estado legal, embora presente o Estado burocrático, configuraria a expressão, no cenário urbano, do desamparo a que têm sido submetidos especialmente os estratos mais pobres da população urbana. Nas últimas três décadas, esse desamparo viu-se realimentado pelo baixo crescimento econômico – quando não se trata de recessão ou profunda crise econômica, como no caso da Argentina –,

pelo declínio do Estado providência e da sociedade salarial e pela emergência de políticas públicas paradoxalmente antiestatistas e focalistas. Nesse cenário, a aposta democrática fica amplamente fragilizada, nem mesmo merecendo o qualificativo de “tutelar”, já utilizado em alguns estudos.

Não obstante as adversidades da conjuntura, acreditamos que estão em curso modificações nas relações tradicionais de subordinação. Não compartilhamos de determinadas visões que têm subestimado, e qualificado erroneamente, as ações dos subordinados, as quais, de maneira geral, caracterizam-se por aceitar acriticamente a tese da passividade desse segmento social.<sup>36</sup> Embora o tema seja complexo, necessitando de amadurecimento embasado em rigorosa e ampla observação empírica, no atual estágio de nossa pesquisa parecem-nos ser mais plausíveis as hipóteses que, apesar de reconhecerem a sofisticação e reinvenção dos mecanismos de dominação, sublinham que há fatos novos nas relações de poder. Tais fatos têm sido produzidos, também, pelos subordinados, que, no mínimo, estariam lidando diversamente com sua condição social, ou, mais que isso, estariam demonstrando mais claramente a sua insatisfação e resistência com relação à mesma.

Em nossa crítica à decisão judicial apresentada no início do ensaio, procuramos evidenciar a armadilha contida na visão da situação *sub judice* como algo essencialmente *sui generis*, o que apontaria na linha de algum tipo de tratamento “especial” ao caso. Vale dizer que o “especial”, no caso, significou não o fundamento de alguma sorte de discriminação positiva, tal como se conhece na história da legislação social no Ocidente, mas sim uma espécie de espaço para a institucionalização de um aspecto perverso contido na realidade: a exclusão do Direito e a negativa da mediação dos conflitos em favelas pelo Estado. Não ignoramos as diferenças físicas e sociais existentes entre a cidade e a favela, normalmente representada como protótipo da não-cidade. Não se nega a “cidade partida” existente, embora se deva sempre lembrar que tal *partição* não significa ausência de relações entre as partes, uma vez que a favela integra o ciclo de reprodução (em todos os sentidos) da cidade. Há, pois, uma integração subordinada, mas essa é uma forma possível de integração, conquanto seja injusta. Assim, pretendemos demonstrar que o reconhecimento das diferenças reais pode ser feito de forma contrária aos objetivos da aposta democrática, não contribuindo para suprir o déficit de universalização dos direitos civis apontado, corretamente, por O’Donnell. Em outras palavras, embora o contexto da (à falta de melhor termo) *Pós-Modernidade* esteja, talvez, a nos indicar a relevância do reconhecimento do *direito à diferença*, o efeito social disso pode revelar-se contraproducente se não se operar sob a base

do *direito à igualdade*. A Pós-Modernidade construída sem o legado da Modernidade pode, assim, revelar-se desastrosa. Desse modo, entendemos que a hipótese de O'Donnell sobre as repercussões, em diversas outras searas, da insuficiência da cidadania civil na América Latina, revela-se plausível para interpretar a problemática urbana mais específica que trouxemos à baila no presente ensaio. Além desse autor, outros estudiosos também têm defendido uma espécie de “choque” de direitos civis, como pré-condição ao aprofundamento da democracia.<sup>37</sup>

Por fim, uma vez que as conclusões de uma monografia não devem representar algo como uma “*rua sem saída*”, isto é, não devem ser apenas fechamento, mas também reabertura a novos “*avanços sobre as regiões do não-conhecimento*” (CARDOSO, 1971), desejamos assinalar duas possíveis sendas para pesquisas futuras, que vislumbramos ao longo da concepção do presente trabalho.

A primeira consistiria numa revisita à problemática da “*produção informal do Direito*”, que, como expusemos, é estreitamente relacionado às deficiências do Estado legal nas novas democracias. O'Donnell, registra a sua insatisfação com o conhecimento existente a respeito das situações de pluralismo jurídico na América Latina, julgando-o insuficiente. Edson Nunes, como já assinalado, ressalta a falta de rigor com que tal objeto tem sido estudado, não se atentando para sua real importância. De nossa parte, também discordamos da abordagem deste objeto que o apresenta como algo ora “*exótico*”, ora “*libertador*”, tal como se houvera achado uma “*pedra filosofal*”. Assim, julgamos haver condições sociais e teóricas, bem como relevância, em buscar-se uma compreensão mais apurada dessa problemática, reindagando o que ela representa para o ordenamento jurídico, para a configuração do Estado legal, para o desenvolvimento das cidades, bem como para o ideal de cidadania.

O segundo campo fértil que vislumbramos à especulação teórica consistiria num diálogo entre teorizações distintas, envolvendo, de um lado, aquelas que debatem os contornos do Estado legal, especialmente no que tange ao problema da efetividade da lei, e, de outro, as pesquisas urbanas sobre o fenômeno da irregularidade e/ou ilegalidade. A nosso ver, tratam-se de dois campos teóricos que podem se comunicar uma vez que se ocupam, sob diferentes ângulos e matrizes teóricas, de um objeto até certo ponto homogêneo, sendo possível encontrar pontos de interseção entre ambas na forma de problemas comuns. Assim, por exemplo, a questão relativa aos fatores responsáveis pela disseminação da ilegalidade, ao peso da legislação nesse processo, às formas de enfrentá-lo e os limites dessas, e aos fatores

que conduzem à maior ou menor efetividade da lei.



## 6 - Notas

<sup>1</sup> Valemos-nos principalmente deste autor, mas não exclusivamente, pois outros autores também foram aproveitados, embora de maneira mais pontual, conforme se observará ao longo do texto.

<sup>2</sup> As metodologias utilizadas para definir se um indivíduo é ou não pobre são diferentes. A CEPAL utiliza o custo de uma cesta de alimentos que, geograficamente definida, contemple as necessidades de consumo calórico mínimo de uma pessoa. O Banco Mundial, por sua vez, utiliza o dólar PPC (paridade do poder de compra) que elimina as diferenças de custo de vida entre os países. No Brasil, a metodologia oficial usa como referência o Salário Mínimo, isto é, 1/4 do salário mínimo familiar per capita e 1/2 do salário mínimo familiar per capita, limites abaixo dos quais se define uma família extremamente pobre (indigente) e pobre, respectivamente (IBGE, [200-?]).

<sup>3</sup> Assim entendidas, do ponto de vista da estatística judiciária, aquelas questões que não são de natureza criminal, trabalhista ou de interesse da Fazenda Pública.

<sup>4</sup> Em inquérito realizado em 1990, somente 10,5% dos maiores de 18 anos afirmaram ter estado envolvidos em alguma questão judicial, como autor ou réu, entre 1983 e 1988 (FIBGE, 1990, p.2).

<sup>5</sup> Vide o endereço <<http://www.tj.rj.gov.br>>, na seção “Jurisprudência – TJERJ”.

<sup>6</sup> Uma busca idêntica com a palavra “loteamento”, sem analisar qualitativamente as decisões, revelou dados um pouco superiores (respectivamente, 300 e 17 acórdãos), mas que parecem não infirmar nossa assertiva inicial.

<sup>7</sup> Aliás, a recíproca, possivelmente, também seria verdadeira, ao menos em parte: nem todas as questões referentes a favelas e loteamentos podem ter sido movidas por pessoas pobres.

<sup>8</sup> Segundo Juan Méndez, Guillermo O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro, em sua obra conjunta (MÉNDEZ, J. et alli, 1998), este seria um dos aspectos da ausência do “Estado legal”, o que também chamam “*The unruly of law*”.

<sup>9</sup> O processo em questão é a Apelação Cível nº. 7028/90, publicada em POSSE e Usucapião (1992, p. 31-32). Os grifos são do original. Em virtude de parte do texto estar truncada, fizemos a interpolação indicada na transcrição, em benefício de sua clareza e coerência.

<sup>10</sup> Isto não somente para O'Donnell, mas para uma série de autores, citados por ele, que trabalham com este conceito de modo a relacioná-lo à teoria política e ao Direito.

<sup>11</sup> Tendencialmente a todos os indivíduos, excluídos poucos deles, como os considerados incapazes em função da pouca idade ou de insanidade mental.

<sup>12</sup> De onde se cunhou a máxima segundo a qual “ninguém se obriga a mais do que aquilo que ajustou”.

<sup>13</sup> Um bom exemplo de naturalização da figura do *agent* figuraria na obra de Hernando de Soto, intelectual de larga influência na recente modelação das estratégias de formalização de propriedade em assentamentos precários e de baixa renda. Ele afirma que “(...) os sistemas formais de propriedade converteram os cidadãos ocidentais em uma rede de indivíduos identificáveis e agentes de negócios responsáveis” (SOTO, 2001, p. 73), não se interrogando sobre o processo de constituição de cidadãos, dando-o por dado, ou confiando que a simples atribuição da propriedade seria suficiente para lograr esse intento.

<sup>14</sup> Como, por exemplo, a instrução / escolarização mínima obrigatória. Cf. O'Donnell (1999, p. 638, nota 80).

<sup>15</sup> Por esse ângulo, se verifica o aspecto conservador e um tanto elitista da aposta.

<sup>16</sup> Posto que sujeita a retrocessos, como sugere Castel (2005).

<sup>17</sup> Sem o que recairíamos no eurocentrismo do qual O'Donnell quer escapar, o que, a nosso juízo, constitui esforço necessário.

<sup>18</sup> Tais como o de Georg Simmel (SIMMEL, 2002).

<sup>19</sup> Tradução nossa.

<sup>20</sup> Tal é o estudado, com vistas ao caso brasileiro contemporâneo, na seminal monografia de Eduardo Guimarães de Carvalho (CARVALHO, 1991).

<sup>21</sup> Em enquete por ele realizada na cidade de São Paulo, em 1991-1992, 79% dos entrevistados (84% dentre os de instrução superior) responderam “Não” à pergunta: “*Os brasileiros sabem votar?*”. Trata-se da mesma visão apregoada pelas elites políticas ao longo do período dos governos militares (1964-1985). Cf. O'Donnell (1999, p. 634, nota 54).

<sup>22</sup> Pesquisa publicada pela revista *Isto É*, em 1991, revelou que os indivíduos entrevistados atribuíram uma série de qualidades negativas aos brasileiros, considerando-os destruidores, acomodados, espertos, mal-educados, irresponsáveis, preguiçosos, impacientes e desonestos. Cf. Santos (1993, p. 114).

<sup>23</sup> Vide entrevista de Franklin Martins à Revista Caros Amigos (MARTINS, 2006).

<sup>24</sup> Tal tema se relaciona ao debate em torno da *segurança jurídica*, uma preocupação que, conquanto seja legítima à luz de critérios democráticos, parece-nos especialmente cara ao

---

pensamento conservador e às organizações do grande capital. Cf. Held (1987, p. 139).

<sup>25</sup> É o que Habermas chamaria de *validade*.

<sup>26</sup> Expressão que toma de Juan Méndez.

<sup>27</sup> Por todos, mencionaria os de Cardoso (2003), Rolnik (1997) e Fernandes & Alfonsin (2003).

<sup>28</sup> Até porque, como já se afirmou em diversas obras, tal normativa é excessivamente elitista, não tendo sido idealizada tendo em consideração as condições de produção do espaço habitado peculiares aos assentamentos autoproduzidos, como é o caso das favelas.

<sup>29</sup> Numa palestra que fizemos há alguns anos atrás, para militantes da Pastoral de Favelas do Vicariato Leopoldina, no Rio de Janeiro, na qual fizemos referência a esta decisão, ouvimos de um dos presentes o seguinte comentário, que fala por si mesmo: “*O pessoal da 'boca-de-fumo' deve ter gostado muito dessa decisão*”.

<sup>30</sup> Neste ponto, nos aproximamos do que foi sustentado por Habermas em sua *Teoria do Agir Comunicativo*.

<sup>31</sup> O entendimento até hoje predominante na abordagem formal do Direito é o de que as LEIS podem conter lacunas, mas o ORDENAMENTO JURÍDICO não, uma vez que o sistema jurídico é composto de várias fontes de normatividade, capazes de complementar a lei, tais como a jurisprudência, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Assim dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-Lei nº. 4657, de 1942), que exerce a função de “*lei que regula a aplicação das leis*”, tal como existente na maioria dos sistemas ocidentais, onde variam apenas quanto ao conteúdo.

<sup>32</sup> Cf. Machado da Silva & Figueiredo (1981).

<sup>33</sup> Trata-se de pesquisa de campo, realizada na favela do Jacarezinho (Rio de Janeiro) em 1970, e da subsequente tese de Doutorado, submetida à Universidade de Yale (New Haven, EUA) em 1973. A versão publicada na *Law and society review* é uma versão resumida.

<sup>34</sup> Entendemos que tal imagem, embora não seja absolutamente errônea, é insuficiente para fundar uma perspectiva analiticamente consistente do papel do Estado nas sociedades capitalistas.

<sup>35</sup> Terminologia que, inclusive, é criticada por Nunes, entendendo que se trata de uma falsa aparência (NUNES, 1997, p. 41).

<sup>36</sup> É o que nos parece comparecer em algumas colocações de Gay (1997, p. 86) e, mais remotamente, em Weber (*apud* HELD, 1987, p. 147).

<sup>37</sup> Seria o caso de Robert Dahl (DAHL, 1997, p. 33) e, no debate sobre o Brasil, de Alba Zaluar e Luis Eduardo Soares, conforme informação colhida em palestra na UERJ.

---

## 7. Referências

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *Ofício de sociólogo: metodologia da pesquisa na sociologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

CARDOSO, Adauto Lucio. Irregularidade urbanística: questionando algumas hipóteses. *Cadernos IPPUR*, Rio de Janeiro, ano XVII, nº 1, p. 35-49, 2003.

CARDOSO, Miriam Limoeiro. *O mito do método*. Rio de Janeiro: PUC, 1971.

CARVALHO, Eduardo Guimarães de. *O negócio da terra*. Rio de Janeiro: EdUFRJ, 1991.

CASTEL, Robert. *A insegurança social: o que é ser protegido?* Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

DAHL, Robert. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: EdUSP, 1997.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord). *A Lei e a Ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIBGE. *Participação político-social, 1988: Justiça e vitimização*. v. 1. Rio de Janeiro, 1990.

FIGUEIREDO, Marcus Faria; FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. *Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica*. Textos do IDESP, São Paulo, n. 15, 1986. 57p.

GAY, Robert. *Entre el clientelismo y el universalismo: reflexiones sobre la política popular en el Brasil urbano*. In: AUYERO, Javier et alli (org). *Favores por votos? Estudios sobre clientelismo político contemporáneo*. Buenos Aires: Losada, 1997. p. 65-92.

HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo horizonte: Paidéia, 1987.

IBAM, Instituto Brasileiro de Administração Municipal. *Estudo de avaliação da experiência brasileira sobre urbanização de favelas e regularização fundiária: relatório final*. Rio de Janeiro, 2002.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas de pobreza*. Disponível em:  
<<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/glossario/pob>

[reza.html](#)>. Acesso em 02.03.2007. Rio de Janeiro: [200-?].

MACHADO DA SILVA, Luiz Antonio; FIGUEIREDO, Ademir. *Urbanização x Remoção: uma polarização recente*. In: V ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS. Friburgo, out., 1981. 21p.

MARTINS, Franklin. *A era da pedra no lago acabou*. Caros Amigos, São Paulo, ano X, n. 114, p. 34-40, set., 2006. Entrevista concedida a Marina Amaral et alli.

MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *The rule of law and the unprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1998.

NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

O'DONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina*. *Novos estudos*, São Paulo, v. 51, p. 37-61, jul., 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria democrática e política comparada*. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 577-654, 1999.

*POSSE e Usucapião*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, [1992]. *Série Processos Especiais*, vol. 8. *Seleção dos acórdãos mais importantes da Justiça do Rio de Janeiro, formadores de jurisprudência*.

ROLNIK, Raquel. *A cidade e a lei: legislação, política e territórios na cidade de São Paulo*. São Paulo: FAPESP, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada*. *Law and society review*, Malden (Massachusetts, EUA) v. 12, n. 1, p. 5-126, Outono, 1977.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Fronteiras do Estado mínimo: indicações sobre o híbrido institucional brasileiro*. In: \_\_\_\_\_. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro, Rocco, 1993. p. 77-115.

SIMMEL, Georg. *El pobre*. In: \_\_\_\_\_. *Sobre la individualidad y las formas sociales*. Quilmes:

---

Universidad Nacional de Quilmes, 2002. p. 218-246.

SOTO, Hernando de. O mistério do capital. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TURNER, John. Habitação e baixa renda no Brasil: políticas atuais e oportunidades futuras. Arquitetura - Revista do Instituto dos Arquitetos do Brasil, Rio de Janeiro, n. 68, p. 17-19, fev., 1968.