INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, tornou universal a afirmação dos Direitos Fundamentais[1] por se dirigir a todos os homens e positiva, no sentido de que os Direitos do Homem devem ser proclamados, mas também efetivamente protegidos. Norberto Bobbio (2004) adota a mesma perspectiva ao afirmar que a questão fundamental dos Direitos Humanos está mais na esfera da proteção que da justificativa.

Sobre a consecução dos Direitos Fundamentais, especificamente dos chamados Direitos Econômicos e Sociais, dentre os quais o direito à moradia, Bobbio afirma:

> [...] sem dúvida é necessário que sua realização seja uma meta desejável, mas não bastam convicções para que as condições realizem, o maior ponto de dificuldade é sua exequibilidade que pressupõem meios e situações, que vão além do reconhecimento de sua validade (BOBBIO, 2004, p. 25).

Nesse mesmo sentido, mas tendo por escopo a análise das normas constitucionais, é importante ressaltar que, na Constituição Pátria, grande parte dos Direitos Econômicos e Sociais classificam-se entre as chamadas normas programáticas que, conforme definição de José Afonso da Silva são:

> [...] aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2007, p.138).

Em outra passagem, Silva enfatiza a importância do tema:

---

[1] Os Direitos Fundamentais de primeira geração são aqueles ligados ao valor de liberdade; direitos individuais civis e políticos com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário. Os Direitos Fundamentais de segunda geração são ligados ao valor de igualdade. São os Direitos Econômicos e Sociais com caráter positivo, pois exigem atuação do Estado. Os Direitos Fundamentais de terceira geração, ligados ao valor de fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. Por fim, introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, os direitos de quarta geração compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo (NOVELINO, 2009, p. 362/364).

> O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática. Cogita-se da seguinte questão, posta por Canotilho: em que medida pode uma lei fundamental transformar-se em programa normativo do Estado e da sociedade. Mais concretamente: como pode uma constituição servir de fundamento normativo para alargamento das tarefas estaduais e para incorporação de fins econômico-sociais, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica (CANOTILHO, 1983 apud SILVA, 2007, p. 140-141).

Nesse contexto, a presente dissertação tem como objeto de análise o direito à moradia, expressamente acolhido na Constituição Federal, em seu Art. 6º, pela emenda constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, juntando-se a outros direitos sociais como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência social aos desamparados.

O direito à moradia não abrange simplesmente o acesso a uma casa, mas consiste em poder efetivamente usufruir da cidade e de todos os seus benefícios. Isso quer dizer que a moradia deve estar adequadamente inserida na cidade, na segurança jurídica da posse, na disponibilidade de serviços essenciais, no custo acessível à moradia e nas condições de habitabilidade e salubridade. O direito à moradia pressupõe cidadãos com poder político, autores da determinação dos rumos da cidade.

Apesar da guarida constitucional dada ao direito à moradia, que foi adensada pela aprovação do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, a realidade socioeconômica de parcela importante da população brasileira, que vive em condições degradantes, demonstra a necessidade de se prestar eficácia a esse direito.

O Estatuto da Cidade prevê a gestão democrática da cidade e instrumentos de acesso à participação da população:

> [...] a plena realização da gestão democrática é, na verdade, a única garantia de que os instrumentos de política urbana introduzidos, regulamentados ou sistematizados pelo Estatuto da Cidade (tais como o direito de preempção, o direito de construir, as operações consorciadas etc.) não serão meras ferramentas a serviço de concepções tecnocráticas, mas, ao contrário, verdadeiros instrumentos de promoção do direito à cidade para todos sem exclusões (BUCCI, 2002, p. 337).

É premente a necessidade de encontrar meios para que os Direitos Econômicos e Sociais, em especial o direito à moradia, reconhecidos em nossa Constituição e, em tratados internacionais, sejam concretizados.

A análise histórica dos Direitos Fundamentais é notadamente a análise da percepção dos desafios ligados à promoção da dignidade da Pessoa Humana e, denota a distância entre a validade das normas que consagraram os Direitos Econômicos e Sociais e a sua facticidade.

Este trabalho tem por base teórica a análise de autores como o professor José Eduardo Faria (1978, 1988, 1998, 2002a, 2002b); Fábio Konder Comparato (1997, 2004, 2006); Celso Furtado (2007), Ada Pellegrini Grinover (2009), Celso Fernandes Campilongo (1997, 2011a, 2011b) entre outros importantes autores sobre os impactos da globalização no Direito.

A compreensão da evolução dos Direitos Humanos se faz no contexto das relações sociais e, particularmente, da preponderância do sistema econômico como indutor das transformações na sociedade. Nessa perspectiva, vê-se o quanto é complexa a realidade na qual os Direitos Econômicos e Sociais estão inseridos e a necessidade de referenciais de interpretação que não se restrinjam ao direito, mas que demandem, igualmente, a utilização de referenciais de outras ciências.

A abrangência do debate sobre Direitos Fundamentais abarca a complexidade das relações que permeiam a vida em sociedade e estas estão condicionadas à lógica das relações econômicas. Dessa forma, Direitos Econômicos e Sociais, como moradia e saúde dentre outros, encampam aspectos que vão além do pleito material da casa, do medicamento e ensejam ações de natureza regulatória e de proteção. Essas ações, por vezes, apresentam impactos profundos e abrangentes que iniciativas empreendidas isoladamente por determinadas políticas públicas. Por vezes, as iniciativas públicas podem propiciar ações compensatórias de satisfação do direito, mas não são capazes de subverter a dinâmica que leva à desigualdade social.

Uma doutrina dos Direitos Econômicos e Sociais, os denominados Direitos Fundamentais de segunda geração (direito à igualdade de caráter coletivo) centrada de forma preponderante na prestação material conduz a distinções dogmáticas em relação à primeira geração (direito de liberdade e garantias civis) dos Direitos Fundamentais baseadas na disponibilidade de recursos do Estado. Dessa forma, revela-se a face fática dos direitos de primeira geração, como se as garantias de tais direitos não demandassem igualmente a disponibilidade orçamentária. Da mesma maneira, a caracterização dos Direitos Econômicos e Sociais, como normas ou princípios meramente programáticos debilita a força cogente do preceito normativo.

Uma questão central do direito à moradia, assim como de outros Direitos Fundamentais, reside na determinação da abrangência do direito acolhido pela Constituição. A realidade demonstra que o direito à moradia não se limita à percepção de oferecimento de moradia pelo Estado, mas também pressupõe um direito subjetivo que demanda outras ações ativas por parte do Estado no sentido de potencializar o seu acesso.

Nesse contexto, o espaço urbano deve ser compreendido não como mercadoria sujeita ao acúmulo e à especulação dirigida por interesses mercadológicos, mas sim a partir da sua natureza de bem essencial e escasso, que requer ações regulatórias direcionadas ao bem comum e à promoção da dignidade humana.

O objetivo deste trabalho é indicar elementos para a superação de uma doutrina dos Direitos Econômicos e Sociais fundamentada em um tipo de prestação material direta do Estado, como aspecto preponderante da efetivação do direito. Essa demanda, invariavelmente, irá encontrar óbices à sua consecução nas condições orçamentárias do Estado, pois afinal o direito não cria recursos onde não existem.

A análise das condições complexas que envolvem um bem da vida protegido pela norma constitucional indica a utilização de instrumentais próprios do sistema jurídico, extraídos da evolução de seus institutos e da sua funcionalidade básica de disciplina das relações sociais. Estes são pontos paradigmáticos para a efetivação dos Direitos Econômicos e Sociais, que vão além da obviedade da prestação material de natureza compensatória, que não possui vínculo com mudanças estruturais e que são facilmente derrotáveis pelo princípio da reserva do possível.

Sem dúvida, em um cenário de escassez de recursos financeiros, os limites da capacidade distributiva dos estados são aspectos centrais na busca da efetivação dos Direitos Econômicos e Sociais, porém há aspectos importantes que estão relacionados diretamente à própria validade do sistema jurídico em razão da fundamentação democrática do Estado de Direto. Essa exigência impõe, ao Estado Democrático de Direito, o reconhecimento de demandas de diferentes grupos sociais, que possuem capacidade de expressão de suas necessidades e de mobilização com vistas à indução do processo decisório do Estado.

O processo político-democrático coloca em questão, portanto, o papel do direito, em uma sociedade plural caracterizada por demandas fragmentadas. Cada vez mais, o direito representa o catalisador de demandas direcionadas ao Estado na busca da satisfação de tais necessidades. Isso se dá em função do acolhimento constitucional de princípios que

encerram necessidades materiais essenciais à sobrevivência e à organização da vida em sociedade.

É justamente nessa perspectiva coletiva dos Direitos Econômicos e Sociais, que a atuação dos movimentos sociais, cada vez mais presente, torna-se extensão natural da materialização da validade e da eficácia de tais direitos. As ações dos movimentos sociais fomentam novas formas de vinculação do direito à realidade social, seja na perspectiva de apreensão cognitiva do direito pela sociedade ou na própria produção normativa e sua aplicação.

Esses são os desafios enfrentados por organizações de defesa dos direitos humanos, movimentos sociais e alguns entes estatais, como a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. A realidade na qual estes atores sociais estão inseridos indica o acesso à justiça, em todo o significado de sua abrangência como importante instrumento na consecução da eficácia dos Direitos Econômicos e Sociais, tanto pelo acesso aos tribunais como pelo reconhecimento da população de sua condição de detentora do direito subjetivo em pleitear a prestação positiva dos Direitos Econômicos e Sociais ao Estado.

Vale apontar as palavras da professora Sueli Gandolfi Dallari: “Na nossa sociedade, os direitos sociais não são obtidos por concessão espontânea, mas conquistados pelas classes menos favorecidas” (DALLARI, 1996, p. 32).

A presente dissertação pretende demonstrar que é possível prestar eficácia aos Direitos Econômicos e Sociais, especificamente ao direito à moradia, com a participação da atuação dos detentores do direito subjetivo, consubstanciada no acesso à justiça a partir dos instrumentais próprios do Direito.

CAPÍTULO I – CONTEXTO HISTÓRICO E SOCIAL DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diferentemente da natureza dos Direitos Fundamentais de primeira geração que se configuram como garantias dos cidadãos contra a intervenção arbitrária do Estado, os Direitos Econômicos e Sociais considerados de segunda geração são de natureza prestacional e estão subjacentes ao tema dos Direitos Fundamentais.

A natureza negativa dos direitos de primeira geração, caracterizada pela abstenção do Estado, tem sua formulação em um momento histórico específico, o do liberalismo econômico. Nesse contexto, a aspiração à garantia contra a intervenção estatal é a expectativa de um grupo social determinado, a burguesia comercial que tem por pleito a defesa da propriedade, da liberdade individual de iniciativa e da igualdade jurídica. A íntima correlação entre Direitos Fundamentais e organização social a partir do referencial econômico é vista não somente nesse contexto, mas também no posterior processo de reconhecimento de novos direitos.

O Estado liberal ancorado no avanço tecnológico, que propiciou o crescimento geométrico da produção de bens e serviços no século XIX, desencadeou a necessidade de novos mercados que pudessem absorver o excedente produtivo. Esse cenário, segundo Marx e Engels, é a característica do capitalismo industrial que tem na base de sua manutenção a necessidade incessante do consumo, conforme Comparato (2006, p. 416).

A manutenção do sistema pela necessidade da busca de novos mercados impulsionou o "processo de dominação mundial", no qual reside a raiz do primeiro movimento de "globalização" do capitalismo (COMPARATO, 2006, p. 416). Essa dominação leva a um processo de homogeneização das formas de produção e de padrões culturais que se refletem na padronização do consumo. As fronteiras dos Estados Nacionais são suplantadas pela produção transnacional e as matérias-primas locais perdem sua relevância por materiais de lugares longínquos, estreitando a interdependência comercial entre os países.

Nesse novo contexto, a organização social e econômica das nações é afetada e as antigas relações determinadas pelo modo de produção pré-industrial são substituídas por novas organizações que facilitam a expansão do sistema. O comércio e as novas necessidades criadas são os grandes instrumentos de cooptação e submissão das nações, conforme Marx e Engels em seu Manifesto Comunista:

> A necessidade de um mercado constantemente em expansão impele a burguesia a invadir todo o globo. Necessita estabelecer-se em toda parte, explorar em toda parte, criar vínculos em toda parte.
> Por meio de sua exploração do mercado mundial, a burguesia deu um caráter cosmopolita à produção e ao consumo em todos os países. Para desespero dos reacionários, retirou da indústria sua base nacional. As velhas indústrias nacionais foram destruídas ou estão se destruindo dia a dia. São suplantadas por novas indústrias, cuja introdução se torna uma questão de vida e morte para todas as nações civilizadas, por indústrias que não empregam matérias-primas autóctones, mas matérias-primas vindas das zonas mais remotas; indústrias cujos produtos se consomem não somente no próprio país, mas em todas as partes do globo. Em lugar das antigas necessidades, satisfeitas pela produção nacional, encontramos novas necessidades que requerem para sua satisfação os produtos das regiões mais longínquas e dos climas mais diversos. Em lugar do antigo isolamento local e da autossuficiência das nações, desenvolvem-se, em todas as direções, um intercâmbio em uma interdependência universal. E isso tanto na produção material quanto na intelectual. [...]
> [...] Com o rápido aprimoramento de todos os meios de produção, com as imensas facilidades dos meios de comunicação, a burguesia arrasta todas as nações, mesmo as mais bárbaras, para a civilização. Os baixos preços de suas mercadorias formam a artilharia pesada com que destrói todas as muralhas da China, com que obriga à capitulação os bárbaros mais hostis aos estrangeiros. Força todas as nações, sob pena de extinção, a adotarem o modo burguês de produção; força-as a adotarem o que ela chama de civilização, isto é, a se tornarem burguesas (MARX; ENGELS, 1999, p. 93).

Essa análise distante no tempo se torna tão próxima, quando se verificam as relações econômicas que permeiam a atualidade e, que ainda, subvertem a realidade de outros subsistemas sociais, como o Direito e a Política, tornando-os instrumentos da lógica do mercado globalizado.

É nesse contexto histórico de desenvolvimento do sistema econômico capitalista e de seus processos de produção e concentração de riqueza, que surgem novas classes sociais. Trata-se de nova etapa em termos de Direitos Fundamentais, indo além dos tradicionais direitos civis e patrimoniais, em que o Estado é reclamado como o indutor na disponibilização dos bens essenciais à vida. São os Direitos Fundamentais de segunda geração, os Direitos Econômicos e Sociais, base material para a igualdade entre os indivíduos e o exercício da liberdade.

Na perspectiva da influência do sistema econômico na organização social e no pleito de novos direitos, vale destacar a contribuição de Ada Pellegrini Grinover em relação à evolução e natureza dos Direitos Fundamentais a partir da concepção dos direitos de primeira geração.

> Era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado.
> Esse estado de coisas alterou-se com o fenômeno histórico da Revolução Industrial, em que as massas operárias assumem relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de reivindicações: o sindicato.
> A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender o bem comum e, consequentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos – sociais complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um dare, prestare, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos (GRINOVER, 2009, p. 36-37).

Os Direitos Econômicos e Sociais vão se notabilizar como direitos coletivos, na perspectiva do indivíduo como fim último, pertencente a um grupo social específico, que tem como importante característica a sua seletividade, ao contrário da preconizada racionalidade universal dos direitos civis. À medida que são direcionados àqueles grupos sociais privados de bens, o direito os acolhe como essenciais, como afirma José Eduardo Faria.

> A característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem. Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação (FARIA, 2002b, p. 104).

Na perspectiva coletiva dos Direitos Econômicos e Sociais, vê-se a presença de grupos da sociedade civil, cada vez mais atuante, que se articulam em torno de necessidades comuns e passam a reivindicar suas demandas diretamente ao Estado de forma organizada, os denominados movimentos sociais.

A atuação dos movimentos sociais fomenta novas formas de vinculação do direito com a realidade, seja na perspectiva de apreensão cognitiva do direito pelas massas, – que nesse caso deixam a condição de massa para assumir a condição de sujeitos de direito –, seja na própria produção normativa e aplicação do direito, aspectos que serão discutidos mais adiante.

A constante transformação do sistema capitalista desencadeia novas formas de relações sociais, nas quais a proteção demandada pelos Direitos Econômicos e Sociais assume significações específicas. Antes de se tornar efetiva, essa proteção estava direcionada a obstar a exploração da força de trabalho em relação aos detentores dos meios de produção, com a revolução tecnológica e a reorganização produtiva em bases transnacionais. Nesse contexto, surge um contingente de trabalhadores atingidos pelo desemprego estrutural, isto é, uma crescente parcela de trabalhadores totalmente excluída do processo econômico. Vale apontar a relevante análise de José Eduardo Faria.

> [...] situados à margem do mercado de formal de emprego, esses "parias" se tornam "supérfluos" no âmbito do paradigma econômico vigente, passando assim a viver mais no "estado da natureza" – ou seja, sem leis garantidas em sua universalidade, ficando por isso à mercê das inúmeras formas de violência física, simbólica ou moral – do que no "estado civil", fundado no império da lei, na segurança jurídica e no direito a ter direitos. Condenados à marginalidade socioeconômica e, portanto, à fome, ao trabalho muitas vezes escravo, à exploração e a condições "hobbesianas" de vida, esses amplos segmentos miseráveis, indigentes e pobres da população jamais aparecem, no continente, como portadores de direitos subjetivos públicos nem como "sujeitos de direito" enquadrados nas garantias fundamentais e nas liberdades estabelecidas pela ordem constitucional. Dela excluídos em termos concretos, seja por falta de leis complementares regulando os dispositivos normativos relativos à assistência social, seja pela crônica ineficácia dos serviços governamentais de assessoria legal, o que evidentemente limita seu acesso aos tribunais, tais segmentos aparecem apenas como "necessitados" ou "hipo-suficientes", isto é, como contingentes sociais invisíveis juridicamente, cujo único "direito" possível é o agradecimento, a reverência e a submissão pelas eventuais concessões beneméritas do Estado (FARIA, 1998, p. 147).

Aspectos da dinâmica social e econômica são os componentes impulsionadores das mudanças auferidas no ordenamento jurídico, que conduziram ao acolhimento de novos valores correlacionados às necessidades materiais urgentes à sobrevivência dos indivíduos. Isto se dá em um ambiente econômico em transformação, cujas forças sociais se rivalizam na dialética entre as classes detentoras dos meios de produção e o proletariado nascente.

A percepção do desenvolvimento do direito, segundo Teubner (na visão de Selznick e Nonet) “não se identifica exclusivamente com as normas, princípios e conceitos jurídicos fundamentais, mas sim com a dinâmica das forças sociais e arranjos institucionais” (CAMPILONGO, 1997, p.66).

Nesse mesmo sentido, Pascual (2000) entende que a construção do arcabouço dos Direitos Econômicos e Sociais se dá na dinâmica da realidade histórica e não como resultado de paulatina construção racional perene, e devem ser atualizados e ampliados à medida que a realidade assim demandar.

> Conclusión para pasar al concepto de los derechos humanos: los derechos humanos tienen uma história, son um producto de la historia, son uma construcción histórica. No tiene nada de eterno ni perenne (PASCUAL, 2000 apud BITTAR, 2000a, p.63).

A relação entre a dinâmica socioeconômica e a evolução do direito e sua capacidade de regular as relações na sociedade e de buscar a efetividade de garantias fundamentais tornam imperativa a análise da capacidade dos Estados Nacionais de exercer sua soberania e gerir recursos. Além disso, é essencial avaliar as forças do mercado dentro de suas fronteiras para compreender a magnitude dos desafios que se colocam para a efetivação dos Direitos Fundamentais.

A dinâmica da evolução do sistema capitalista com a interdependência entre as nações assume uma nova dimensão que tem como característica a relativação da autonomia dos Estados Nacionais. Destaca-se a reflexão de Faria.

> [...] num cenário mundial caracterizado pela globalização econômica, da transnacionalização das estruturas de poder, da flexibilização das estruturas de produção e da mercantilização generalizada dos valores sociais, políticos e culturais – fatores esses diretamente responsáveis pela gradativa erosão da soberania dos Estados Nacionais (FARIA, 1998, p.133).

A questão da efetivação dos Direitos Fundamentais passa, portanto, por questões da viabilidade dos Estados Nacionais em termos de sua capacidade de organização dos diversos subsistemas sociais. Nos últimos anos, com a globalização, verifica-se um crescente processo de esvaziamento desses Estados Nacionais, em função da prevalência da dinâmica de dependência do fluxo de capitais internacionais e da consequente e crescente perda da capacidade de influir no direcionamento e na estrutura dos sistemas econômicos nacionais (FARIA, 1998).

A análise histórica da evolução dos Direitos Fundamentais. com ênfase na percepção dos desafios em relação à promoção da dignidade da Pessoa Humana, aponta a distância entre a validade das normas que consagraram os Direitos Econômicos e Sociais e a sua facticidade.

Na introdução deste trabalho, foi apontada a necessidade de contextualizar a evolução dos Direitos Humanos a partir das relações sociais e, particularmente, da preponderância do sistema econômico como indutor das transformações sociais. Essa perspectiva indica o quanto é complexa a realidade na qual os Direitos Econômicos e Sociais estão inseridos e a necessidade de referenciais de interpretação da realidade que não se restringem ao direito, mas que demandam igualmente a utilização de referenciais de outras ciências.

É importante salientar que, como os Direitos Humanos não se limitam à sua positividade, é necessário, portanto, compreender o direito além da relação entre direito objetivo e subjetivo e de sua racionalidade interna.

No século XVIII, há a consolidação dos Estados Nacionais e a necessidade de eliminação de sistemas jurídicos esparsos. Nesse ambiente, o direito tornou-se altamente racional atendendo à demanda de consolidação dos sistemas, levando a sua codificação e trazendo a tendência a um positivismo legislativo. O sistema jurídico é positivista e dogmático, porque é racional e não se baseia em nada fora de sua lógica interna; ele está fechado em si mesmo e não está disposto a discutir seus fundamentos e suas consequências.

Daí a conclusão de que a análise da evolução do direito, especificamente dos Direitos Econômicos e Sociais, tendo como ponto de partida o próprio direito, não é suficiente para a compreensão de seus fundamentos. É importante a contribuição de outras ciências, como economia, sociologia, filosofia da linguagem, ou seja, é necessária a comunicação do subsistema jurídico com outros subsistemas sociais.

É possível perceber a amplitude da análise da realidade em outras ciências que se deixam penetrar pela dinâmica social, não se fechando em seus próprios princípios. Esta atitude não significa o abandono de elementos que são distintivos dessas ciências. Elas captam a realidade social e a interpretam a partir de seus fundamentos, porém não se fecham, limitando a análise. A economia, por exemplo, busca explicar a realidade e a evolução da história por meio de diferentes teorias e pressupostos econômicos. Adam Smith e os neoclássicos formalizaram em termos matemáticos e gráficos a orientação de

como o mercado deveria funcionar e fundamentaram suas teorias visando o equilíbrio da economia.

A partir da escola neoclássica ou dos chamados “marginalistas”, portanto, é construída a teoria da escolha social, dando passos no sentido de também explicar a realidade social por meio da economia. O teorema da impossibilidade de Kenneth Arrow (SEN, 2000) busca demonstrar que não seria possível uma escolha social em matéria econômica, pois não é possível fazer comparação interpessoal (de utilidade). Não é possível comparar escolhas em um número infinito de pares, tendo em consideração a “heterogeneidade de preferências e valores encontrados em diferentes pessoas” (SEN, 2000, p. 285).

Confrontando-se com a teoria da impossibilidade, uma segunda corrente assinala que é possível comparar e optar, quando se utiliza outros padrões de escolha pela ampliação das informações disponíveis e não somente pelo voto. Um desses padrões seria o direito, que poderia ser um instrumento de organização das relações sociais em substituição ao mercado (SEN, 2000, p. 287).

Direito e Poder baseados na força são substitutos: onde o Direito entra o Poder ilegítimo perde força como organizador das relações. Na história, essa capacidade do direito foi reduzida a um direito focado em compensações e instrumentalizado pelo poder econômico. Segundo Habermas, as relações entre direito e poder devem se dar em relação de equilíbrio.

> [...] o poder político deve sua autoridade normativa unicamente àquela fusão com o direito [...]. Entretanto, essa reconstrução revela também que o direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como fonte de justiça. E precisa continuar presente enquanto tal; ao passo que o poder político tem à mão, como fonte de força, meios coercitivos da caserna (HABERMAS, 2010, p.184).

O Direito quando se coloca como uma alternativa compensatória, ele está conscientemente retraindo-se, deixando de se abrir para soluções estruturais, relegando os “meios de organização da dominação política” para outros sistemas com capacidade de cooptar o poder, como o sistema econômico (HABERMAS, 2010, p.184). O poder baseado na coercitividade da norma jurídica deve ser utilizado em situações de individualismo extremado, ou seja, quando se cria estímulos institucionais à cooperação não existe mais dependência do poder.

CAPÍTULO II – CRITÉRIOS VALORATIVOS DA NORMA JURÍDICA

Para a análise da eficácia dos Direitos Fundamentais, é necessário tratar de três critérios valorativos das normas: validade, justiça e eficácia. Tal tratativa é importante porque apesar de serem critérios valorativos distintos e independentes (BOBBIO, 2010, p. 37), por vezes, conforme a teoria analítica do direito adotada há tendência de que seja dada maior relevância a um dos aspectos em detrimento de outros.

Não há uniformidade doutrinária no uso das expressões validade, justiça e eficácia, também denominadas qualificadoras da norma jurídica. Apesar da diferenciação entre as elas, nem sempre são reconhecidas pelas diversas teorias do direito. Em essência, a pluralidade de termos utilizados para a designação da qualificação das normas remete-se a questões deontológicas, ontológicas e fenomenológicas do direito.

Nessa perspectiva, as expressões validade, justiça e eficácia serão adotadas como critérios de valoração das normas jurídicas. A importância da referência às qualificadoras das normas jurídicas, nesse trabalho, se justifica porque a "experiência jurídica é uma experiência normativa", conforme definição de Norberto Bobbio (2008, p.23).

A análise da norma a partir de suas qualificadoras ajuda a definir os limites e possibilidades das normas constitucionais acolhedoras dos direitos fundamentais, em condicionar as ações do Estado, no sentido de possibilitar condições para a igualdade material que os Direitos Econômicos e Sociais demandam.

Além da análise da adequação das normas jurídicas à estrutura dogmática do sistema normativo, cada uma das qualificadoras demonstra a estreita relação entre o direito e a participação democrática como base legitimadora das estruturas de poder.

Não há Estado de Direito sem que este se configure em Estado Democrático de Direito. O poder político tem, no ordenamento normativo, um instrumento de regulação social, que necessita do consenso para a formalização de suas normas para garantir a relação autoridade/sujeito.

A autoridade é fruto da legitimidade que está relacionada diretamente na convergência entre as perspectivas axiológicas da sociedade e a norma jurídica. A legitimidade propicia que o poder político se ampare mais na autoridade para o cometimento normativo e menos na coerção normativa baseada na violência institucionalizada.

O importante da análise das qualificadoras – validade, justiça e eficácia – das normas jurídicas é que não existe contraponto ao racional do positivismo baseado na formalidade da estrutura do ordenamento; na verdade, há o complemento de elementos como os valores, que são basilares das normas jurídicas mesmo com sua natureza relativa.

CAPÍTULO III – JUSTIÇA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o objetivo de não limitar este trabalho a uma análise estritamente dogmática (jurídico-positivo) sobre a eficácia dos Direitos Econômicos e Sociais, a pesquisa tem por base a realidade normativa, econômica e social específica relacionada ao direito à moradia, identificando parcelas importantes da população brasileira, que se encontram excluídas dos processos de acesso a esse direito fundamental.

A moradia como bem essencial é suplantada pela apropriação do espaço urbano como ativo financeiro, gerido pelos processos de especulação e maximização de lucros de diferentes agentes econômicos. Torna-se fundamental a análise dos valores que norteiam o sistema jurídico e que lhe prestam legitimidade como instrumento de organização das relações sociais.

Nessa perspectiva, é essencial a abordagem sobre a justiça. Para Bittar, "discutir justiça é discutir a axiologia, a teoria dos valores, e com isto tocar as fronteiras das práticas sócio-valorativas e consuetudinárias, assim como as da teoria ética e das formas de julgar e ser julgado" (BITTAR, 2000a, p. 2).

A universalização dos valores e o significado da justiça para diferentes grupos sociais, ou mesmo, a dicotomia verificada na determinação da justiça como um fundamento racional ou como um mero sentimento irracional (FERRAZ JR., 1988, p. 322) são questões fundamentais no estudo da justiça como alicerce legitimador da ordem jurídica[2].

Há diversas perspectivas de estudo, que abordam o tema da justiça como fenômeno heterogêneo. Isso porque para o homem, a definição de justiça em um determinado momento histórico não é um fim, ao contrário, é uma busca contínua do sentido de justiça nos discursos e nas formas de agir. (FERRAZ JR., 1988, p. 328).

Na perspectiva de suas realidades históricas, alguns autores apresentaram diferentes abordagens teóricas sobre o estudo da justiça, construídas ora de forma antagônica, complementar ou convergente entre si. Para alguns, a justiça está relacionada a questões teológicas, isto é, a questões da fé amparadas por textos sagrados da Bíblia (na tradição cristã). Para outros, a justiça é geralmente relacionada à equidade. Para a teoria antropológico-cultural de Rousseau, a justiça é concebida como um atributo inerente ao homem e preexistente ao pacto social. Ainda, a justiça é concebida como a garantia do

[2] Não é objetivo deste trabalho o aprofundamento da análise jus-filosófica do tema da justiça, mas algumas concepções teóricas serão abordadas para melhor compreensão desse tema.

particular contra o arbítrio do Estado; há também a concepção da justiça como virtude (BITTAR, 2000a, p. 7).

Essas diversas teorias que abordaram o tema da justiça são identificadas como a Metafísica; a Justiça Ética relacionada ao comportamento do homem na qual a lei divina intervém na governança dos homens em sociedade por meio das leis humanas e a Justiça Antropológica que é preexistente ao pacto social (BITTAR, 2000a, p. 7).

A partir da premissa na qual a justiça seria um elemento legitimador do direito, parece oportuno discorrer sobre a justiça a partir do enfoque da Ética e da Justiça como Equidade. A justiça em sua realidade formal é um valor "ético-social", no qual as relações bilaterais positivamente reguladas exigem o equilíbrio de atribuição do que é devido a cada uma das partes. Os critérios factuais – sujeitos envolvidos, a natureza do bem jurídico e a realidade histórica e social – da distribuição da justiça constituem-se em aspecto material da justiça (FERRAZ JR., 1988, p. 322).

A ética definida como ciência prática foi a balizadora da teoria da justiça construída por Aristóteles a partir da observação crítica e globalizante dos diversos aspectos da convivência e das opiniões dos homens. Assim, sua teoria de justiça consubstancia-se na experiência e vivência do homem em sociedade (BITTAR, 2000a, p. 34). Dessa forma, como diferentes e específicas são as dimensões da vida do homem em sociedade, também Aristóteles produziu sua teoria da justiça, delineando-a a partir das múltiplas dimensões da vida. É por tal razão, que ele discorreu sobre o justo na cidade e na casa (justo político e justo doméstico), o justo legal e justo natural (BITTAR, 2000a, p. 34).

Do ponto de vista subjetivo, a teoria da justiça de Aristóteles enfatiza a virtude como uma qualidade do agente e de suas ações e no aspecto formal, ela está ligada à equidade, à proporcionalidade aritmética e geométrica. Isso significa atribuir a cada qual o que lhe é devido, tanto no aspecto de uma distribuição comutativa estabelecida como a proporcionalidade dos bens entre sujeitos iguais, como a justiça distributiva estabelecida entre sujeitos diferentes. A igualdade como proporcionalidade atribui racionalidade à justiça e será a sua base formal na distribuição do que cabe a cada um nas relações bilaterais (FERRAZ Jr, 1988, p. 322).

Conforme Ferraz Jr., o princípio da igualdade possui um sentido preciso na determinação do equilíbrio nas relações sociais, mas para efetivamente materializar a justiça é a equidade que comporta uma "flexibilidade valorativa" justamente em função da variabilidade dos casos concretos (FERRAZ JR., 1988, p. 323-324).

A atribuição equitativa dependerá dos sujeitos e dos bens envolvidos em um determinado contexto histórico a ser analisado, não acolhendo generalizações, porque “o que é equitativo em uma situação não será em outra” (FERRAZ JR., 1988, p. 324). Assim, sob o aspecto material, a distribuição equitativa será relativa no tempo e no espaço, em função da variabilidade dos casos concretos, do ambiente e do contexto histórico e social.

A justiça como critério qualificador da norma jurídica, segundo Norberto Bobbio (2008), está relacionada ao contraste entre o ideal e o real, sendo justa aquela norma que está adequada ao que deve ser, isto é, a justiça é uma questão deontológica do direito. A noção da justiça relacionada à realidade idealizada refere-se ao reconhecimento de valores considerados universais, que poderiam qualificar uma norma como justa. No entanto, a identificação de valores ditos universais é uma tarefa controversa, tendo em vista especificidades e complexidades antropológicas dos diferentes agrupamentos sociais. Esta é uma característica identificada por Kelsen (1994), que relaciona a justiça a uma questão moral, portanto, de difícil determinação em função do relativismo dos valores.

Para Norberto Bobbio, uma forma de superar o relativismo axiológico para a determinação da justiça como qualificadora do texto normativo é a identificação de sua adequação aos valores históricos que se constituíram na base do ordenamento jurídico em que a norma está inserida, por meio de um processo hermenêutico (BOBBIO, 2010, p. 38).

É importante consignar que o processo hermenêutico não se constitui em mero trabalho de pesquisa e identificação das motivações dos legisladores no período de elaboração legislativa. Os textos normativos são concebidos a partir de um contexto histórico específico e vão ganhando novos significados com a evolução social. Além disso, não se pode esquecer que a compreensão de tais valores se faz pela visão subjetiva do intérprete.

Tais afirmativas são observadas pelo pressuposto conceitual e pragmático de que a interpretação de um texto normativo não se constitui apenas em um processo cognitivo de apreensão do significado objetivo e latente do texto normativo, como propugna o modelo de interpretação cognitiva (VALE, 2009, p. 19).

A interpretação cognitiva simplifica o processo hermenêutico, pois pressupõe que os textos normativos adotem significados únicos e inerentes, relevando a complexidade do processo legislativo, seus debates, conflitos e, assumindo a possibilidade da extração de uma vontade única e inequívoca na elaboração do texto legal (VALE, 2009, p. 19).

Esse modelo hermenêutico tem base na concepção positivista do sistema jurídico como um sistema completo e sem lacunas, com reduzida discricionariedade do magistrado.

A interpretação cognitiva deixa, em segundo plano, a dialética do processo legislativo, destacando sua característica de processo coletivo pautado pela heterogeneidade dos interesses subjetivos dos legisladores.

O sentido do texto normativo não está no "conteúdo das palavras, mas em seu uso e interpretação". Tal processo de reconstrução de significados não parte do "nada", mas tem como marco inicial o sentido de compreensão já determinado pelo "uso comum da linguagem" Assim, o processo interpretativo, como todo o processo de aplicação do direito, é um processo de decisão cujos sentidos são construídos e reconstruídos pelo intérprete (ÁVILA, 2009, p. 31- 32).

Dessa forma, mais do que um processo de construir novos significados, o processo interpretativo é um processo de reconstrução, pois sua base são os "textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos" e porque "manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso e preexistem ao processo interpretativo individual" (ÁVILA, 2009, p. 33-34).

O processo hermenêutico vai além da mera apreensão de significados preestabelecidos e torna-se mais complexo na medida em que o objeto da determinação de um texto legal é a sua qualificação como justo.

A justiça pressupõe a análise da relação do Direito e Valores, Direito e Ética e Direito e Moral, que implica em interpretar a prática jurídica dentro do contexto de seus compromissos históricos, culturais e sociais. Analisar a norma a partir do referencial axiológico da justiça implica em ampliar essa análise, para além da concepção positivista do Direito, que deixa, em segundo plano, a temática da justiça em função de um relativismo conceitual e de um purismo científico.

A relevância da questão da justiça está na incorporação de outros elementos que não se limitam à análise formal e estrutural da norma no contexto da dogmática do sistema jurídico, como é propugnado pelo positivismo. Nesse sentido, passa a dar ênfase aos aspectos axiológicos e teleológicos, isto é, à função do sistema jurídico.

De acordo com Reale, a importância da axiologia para a ciência jurídica está no entendimento de que "a atitude do jurista implica uma tomada de posição perante os fatos, perante aquilo que na conduta humana se refere a valores" (REALE, 1994, p. 194).

Como as normas jurídicas se adaptam aos processos de mudança social e podem ser revogadas, a justiça é o elemento que as sociedades sempre buscaram como estrutura pétrea resistente a mudanças, que é capaz de atribuir sentido ao direito e, por consequência, lhe prestar legitimidade (FERRAZ JR., 1988, p. 321).

A justiça é o princípio regulativo do direito e isso lhe atribui sentido. No entanto, o princípio constitutivo do direito é o poder, isto é, são as relações hierárquicas de autoridade/sujeito que lhe prestam realidade. Dessa forma, o direito é uma organização de relações de poder.

Por tal razão, a justiça nem sempre está presente na constituição de uma norma jurídica, porque esta pode prescindir do sentido atribuído pela justiça, mas mesmo assim trata-se de norma válida.

Vale lembrar que o direito perde o código atribuidor de sentido quando é fruto da vontade unilateral. Ao desconsiderar a experiência coletiva passa a contar tão somente o uso do arbítrio e da força institucionalizada.

No contexto definido por Tércio Sampaio Ferraz Jr., a noção de sentido está atrelada à noção de senso comum, não como uma experiência individual, mas coletiva; uma experiência do homem em contato com outros homens. O sentido aqui referido como atributo do direito não está em um contexto de finalidade ou objetivo do direito, mas está relacionado à "orientação do homem no mundo" e tem a ver com a "valia das coisas, com a sua dignidade intrínsica" (FERRAZ Jr., 1988, p. 328).

O objeto primordial do discurso jurídico é a sua dimensão institucional, ou seja, é um sistema complexo racional de reguladores da ação, que tem por objetivo a realização de ideias e de interesses, que se efetivam a partir das relações de poder (HABERMAS, 2003, 11).

Sendo assim, a efetividade das expectativas normativas de comportamento ocorre quando as normas são capazes de "especificar valores tendo em vista as condições concretas de aplicação, integrando-os com interesses dados" (HABERMAS, 2003, p. 94). É a harmonização entre as orientações axiológicas e as necessidades que viabilizam a efetividade da expectativa de comportamento prescrita pelo texto normativo.

O consenso sobre os valores e o agir conforme a orientação desses valores reconhecidos intersubjetivamente são elementos que possibilitam a "formação e a estabilidade dos padrões de comportamento", segundo Habermas (2010). Os valores institucionalizados devem corresponder aos valores internalizados pela sociedade, isto é, a efetividade das normas jurídicas é facilitada pela convergência entre os valores internalizados pelos indivíduos e os valores institucionalizados pelas normas jurídicas. A internalização de valores cria uma base motivacional para obediência ao sistema normativo, cuja violência da coerção imposta pela norma é atenuada. Nesse caso,

confunde-se coerção da norma com coerção moral, resultando em uma autoridade de consciência em que o indivíduo se deixa conduzir (HABERMAS, 2003, p. 95).

A conclusão que se depreende da análise exposta é que a institucionalização dos valores, que dá base à legitimidade – que, por sua vez, garante a coesão social – é a ordem legítima sedimentada pelo consenso de valores que devem ser reconhecidos intersubjetivamente (HABERMAS, 2010, p. 96).

CAPÍTULO IV – VALIDADE E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pelo fato de a justiça ser o elemento que atribui sentido à norma, é sua adequação ao sistema jurídico e aos processos de constituição e formalização, também estabelecidos pelo sistema jurídico, que lhe atribui validade.

Para o positivismo jurídico, a eficácia da norma não está em sua função, em seus objetivos teleológicos, mas no processo de sua formalização. É o próprio ordenamento jurídico com seus procedimentos que confere validade às normas. Por consequência, tais normas institucionalizadas passam a ser dotadas de meios coercitivos que oferecem a eficácia necessária ao sistema.

Enquanto o processo de qualificação de uma norma como justa ou injusta se dá pela análise axiológica, a qualificação de uma norma jurídica como válida é um processo de natureza pragmática, portanto, é uma questão de pesquisa técnico-dogmática. Consequentemente, a certeza da validade de uma norma jurídica é verificada pela sua adequação ao sistema jurídico, isto é, sua adequação está relacionada à estrutura dogmática e formal do ordenamento jurídico. Dessa forma, a validade é um "juízo de fato", independente de critérios valorativos (BOBBIO, 2010, p. 38).

A resposta positiva ao questionamento da validade de uma norma jurídica é a sua existência como regra pertencente a um ordenamento jurídico, ou seja, sua institucionalização. Uma norma pertence a um determinado sistema normativo, quando os critérios formais definidos pelo próprio sistema jurídico foram seguidos para sua constituição e garantem sua validade. Para o positivismo, a validade da norma jurídica é um pressuposto e se sobrepõe aos outros critérios valorativos atribuídos a ela (justiça e efetividade), sendo que a premência da formalidade como elemento da validade é totalmente adequada.

A teoria kelseniana atribui à diferenciação do direito como subsistema social, porque o que o caracteriza não é a função de suas normas, mas a estrutura dogmática e formal do ordenamento jurídico. Sendo a estrutura e formalidade do ordenamento jurídico central na concepção do direito, é coerente para a concepção positivista, que atribuições teleológicas ou morais sejam secundárias, pois o direito é um fato e não um valor. Dessa forma o que atribui a validade para a norma jurídica, não são os objetivos perseguidos pela regulação das relações intersubjetivas positivadas no cometimento normativo, mas a formalidade de como a norma é produzida em consonância com o sistema jurídico

(BOBBIO, 2007, p. 32). A norma válida constitui-se na principal fonte do direito, deixando em segundo plano, outras fontes, como a moral ou os costumes (BOBBIO, 2007, p. 23).

Segundo Mario G. Losano, a premência do formalismo e a construção de uma teoria centrada na estrutura do ordenamento jurídico de Kelsen são baseadas em concepções referentes ao "relativismo ético, irracionalidade dos valores e na neutralidade da ciência" (BOBBIO, 2007, p. XLIII).

Conforme foi analisado no capítulo sobre a justiça, o relativismo dos valores morais é sustentado por Kelsen (1994), a partir da impossibilidade da definição de valores absolutos que perpassam as diferentes culturas. Kelsen entende que não é possível determinar valores universais em razão de diferenças entre diversas culturas e, mesmo, diferenças entre vários estamentos presentes em uma mesma sociedade.

Outro ponto importante já mencionado a respeito da relatividade dos valores é a sua mutação ao longo do tempo. Um valor moral é fruto de uma realidade histórica e cultural específica, mas, dificilmente a forma e a importância de como as sociedades percebem seus valores não se modificam com o tempo. Kelsen descreve o relativismo moral e justifica o caráter secundário da moral para o sistema jurídico da seguinte forma:

> [...] se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos – então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para serem consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de Justiça. Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais (KELSEN, 1994, p. 72-73).

Para Kelsen, o conteúdo de uma norma é "neutro", nem jurídico nem antijurídico, pelo fato de o direito ser uma técnica de controle social que persegue o fim quase sempre assinalado por quem detém o poder coercitivo, o Estado. Por outro lado, essa aparente neutralidade cientifica do direito centrada em sua estrutura comporta uma finalidade que lhe é atribuída pelo poder político e não importa se é um poder conduzido por processos legítimos e democráticos ou pela usurpação e violência (FERRAZ JR., 1988, p. 107).

É importante esclarecer que o objetivo deste trabalho não é a análise da eficácia formal das normas que acolhem os Direitos Fundamentais, mas a efetividade social, apesar de o pesquisador reconhecer a natureza complementar dos dois tipos de eficácia. Os Direitos Econômicos e Sociais representam a institucionalização normativa de valores reconhecidos pela sociedade e esta convergência axiológica positivada nos textos normativos garante sua legitimidade.

A qualificação de uma norma como jurídica depende de seu grau de institucionalização. Conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., a institucionalização é o que garante o "consenso presumido de terceiros que a elas confere prevalência" e grau de cometimento, isto é, a relação autoridade/sujeito. Em outros termos, o fato de uma regra constituir-se como jurídica pressupõe que haja um "consenso, presumido, anônimo e global de terceiros" (FERRAZ JR., 1988, p. 106-107).

É o consenso intersubjetivo o elemento essencial para a legitimidade do direito e do exercício do poder político que abre caminho para um exercício menos pautado pela violência institucionalizada e mais pela autoridade. Este aspecto será abordado posteriormente.

O sistema normativo tem a incumbência de definir a legitimidade do poder que emanou a norma, sua a vigência e derrogação, bem como sua adequação às outras normas do sistema, sejam elas hierarquicamente superiores ou outras sucessivas no tempo. Nesse caso, o critério que prevalece é o da não coexistência de normas contraditórias (BOBBIO, 2010, p. 39).

A validade da norma advém de decisões tomadas no processo político também disciplinado por outras ações decisórias; somente outra decisão pode derrogá-la. O que possibilita a segurança contra a prevalência do arbítrio é um sistema jurídico embasado em uma estrutura formal, que garante a impessoalidade das normas nele acolhidas e que se desvencilham das "vontades que as prescreveram" (FARIA, 1978, p. 32).

Apesar da indubitável importância do grau de institucionalização da norma para apreciação de sua validade, parece que ainda há espaço para se indagar se as normas institucionalizadas efetivamente comportam conteúdos de quaisquer naturezas e se representam instrumentos de legitimação de qualquer tipo de poder.

Não há dúvida de que os Direitos Econômicos e Sociais, acolhidos no sistema jurídico pelo processo legislativo, possuem a característica formal de normas jurídicas. No entanto, a discussão doutrinária que se segue é a indagação se tais normas, realmente, atribuem os direitos subjetivos e são capazes de garantir perspectivas de comportamento.

Tais perspectivas de comportamento, no caso dos Direitos Econômicos e Sociais, dizem respeito à vinculação do Estado à proteção e prestação material de bens essenciais à manutenção da dignidade humana acolhidos pelo texto constitucional, como o direito à moradia, à educação, à saúde, ao trabalho, entre outros.

Outra indagação, em relação às normas constitucionais que acolhem os Direitos Econômicos e Sociais e, até certo ponto, antagônica à indagação anteriormente descrita, refere-se à caracterização desses direitos como normas constitucionais de eficácia limitada, isto é, como normas programáticas. As normas programáticas conforme definição de José Afonso da Silva "são regras que o legislador, constituinte ou não, apenas traça linhas diretoras, pelas quais hão de se orientar os Poderes Públicos" (SILVA, 2007, p. 136); as normas programáticas vinculam de forma teleológica o próprio Estado de Direito.

Há distinções a serem feitas das normas constitucionais. De um lado, algumas estão centradas nas condições de sua aplicabilidade, tendo por base a forma de sua positivação. É o caso das normas que abrigam direitos e garantias políticas minuciosamente definidas em seu enunciado pelo constituinte e que possibilitaria sua aplicabilidade imediata. De outro lado, há normas que abrigam os Direitos Econômicos e Sociais com seus enunciados imprecisos e genéricos acolhidos como princípios e programas a "serem desenvolvidos", e limitam sua capacidade de aplicação (SILVA, 2007, p. 137). É importante não esquecer que são normas que integram a Constituição, que formalmente se constitui na:

> [...] peculiar forma de existir do Estado, reduzida, sob forma escrita, a um ou mais documentos solenemente estabelecidos pelo poder constituinte e somente modificáveis por processos e formalidades especiais previsto no texto constitucional. Todas as normas insertas nesse documento-ato do poder constituinte são constitucionais, pouco importando o seu conteúdo. Juridicamente, não há distinção a ser feita entre prescrições constitucionais escritas, para o fim de considerarem-se umas de constituição e outras, não (SILVA, 2007, p. 137).

Nesse ponto, a conclusão é clara: todas as disposições positivadas na Constituição sem importar seu conteúdo ideológico são válidas e têm a estrutura lógica e o sentido de normas jurídicas. Elas têm um sentido imperativo, que envolve dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo-lhes obrigações e direitos recíprocos. Por menos que a norma jurídica tenha interatividade, ela atribui situações que trazem vantagens ou vínculos entre as pessoas, ou desvantagens.

Não se trata de cogitar a validade ou não das normas constitucionais que acolhem os Direitos Econômicos e Sociais, nem a viabilidade de sua caracterização como direitos

subjetivos a uma prestação positiva do Estado. Simplesmente, há a constatação da validade e imperatividade das referidas normas constitucionais, sendo que a natureza e a dimensão de sua efetividade são determinadas pela especificidade da dogmática de cada tipo de direito social.

CAPÍTULO V – EFICÁCIA E LEGITIMIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

O terceiro elemento qualificador das normas jurídicas é a eficácia, que se configura na forma de como a sociedade responde ao cometimento normativo, isto é, se a norma é efetivamente acatada pelos membros de uma sociedade, aos quais se destina o suporte fático. Nos casos de violação da norma, o Estado se faz valer por meio da coação institucionalizada.

Conforme José Eduardo Faria, a aplicação da norma à realidade "é vista mais como um processo de adaptação valorativa do que uma operação meramente silogística" (FARIA, 1978, p. 42).

Para Norberto Bobbio, a análise da eficácia de uma norma jurídica pressupõe uma "pesquisa histórico-sociológica", que tem como objeto o comportamento dos membros da sociedade, em relação ao atendimento ao cometimento da norma jurídica (BOBBIO, 2010, p. 40).

A coercitividade é o elemento central da análise de eficácia da norma jurídica e fator diferenciador de normas de outros tipos de ordenamentos. A capacidade coercitiva da norma jurídica e o fato de estar inserida em um ordenamento jurídico são os elementos que lhe atribuem eficácia, isto é, a capacidade de regular as relações sociais.

Para o positivismo kelseniano, uma norma sem sanção seria uma norma ineficaz (teoria da coatividade do direito) e está diretamente relacionada à concepção do direito como comando (teoria da norma jurídica) e à sujeição absoluta à lei (teoria da obediência incondicionada).

Nesse sentido, não importa ao direito a matriz ideológica do poder político. Por não admitir questionamentos morais, sua neutralidade científica pode servir tanto a um poder democraticamente constituído como a processos autoritários e usurpadores de poder. O que efetivamente importa é a manutenção de um ordenamento jurídico "completo e coerente", isto é, a partir da ficção de um sistema sem lacunas ou contradições em sua estrutura, conforme a Teoria Sistemática do Direito (BOBBIO, 2007, p. XXXIII).

Segundo Norberto Bobbio, o que diferencia a sanção jurídica das sanções de outros ordenamentos é a "regulamentação do uso da força, ou seja, a coação institucionalizada" (BOBBIO, 2007, p. 27).

A sanção da norma jurídica é fruto da integração da teoria que se baseia na concepção de que as respostas à violação da norma jurídica são as normas do próprio

sistema jurídico, que garantirão imparcialidade, constância, certeza e proporcionalidade, isto é, a institucionalização e a coação institucionalizada. A coação institucionalizada se faz no exercício da força pelo poder constituído, isto é, no momento em que a sanção jurídica se identifica com coação e imposição da força física pelo Estado.

Segundo José Eduardo Faria, no positivismo kelseniano, esta centralidade atribuída à sanção como elemento distintivo da norma jurídica baseia-se na concepção da ordem como consequência de uma coerção eficaz, uma vez que o conflito é subjacente à organização social. Nesse contexto, o poder político expressa uma característica da "articulação de classes" consolidada por meio de conflitos entre indivíduos que se agregam e agem conforme seus interesses. Assim, a política ou o exercício do poder é concebido como "o reino da imposição e, por extensão, supõe o exercício da coação monopolizada pelo Estado" (FARIA, 1978, p.38).

A coação institucionalizada pressupõe uma base justificadora, que é a legitimidade que se faz pelo encontro dos valores sociais filtrados e avaliados pelos processos decisórios com a realidade social. É a legitimidade do sistema normativo e sua aceitação pela sociedade que se faz pelo processo institucionalizado de escolha do poder político. Nesse sentido, atribuir validade à norma, incorporar uma regra a um sistema jurídico são procedimentos de escolha do poder político entre as diversas possibilidades axiológicas. É por este motivo que o discurso jurídico tem por "pressuposto o persuadir e não o convencer" (FARIA, 1978, p. 38 e 45).

A busca pelo consenso é a base da legitimidade pelo "consentimento dos governados, cujo consenso legitima a gestão do sistema político em relação à sociedade" (FARIA, 1978, p.45). Este consentimento possibilita a passagem de uma obediência baseada na violência e na coação para uma obediência pautada por relação de autoridade e impessoalidade do poder. Nessa medida, o direito necessita do poder para garantir a relação autoridade/sujeito, porém é necessário que o poder tenha uma base de legitimidade e de autoridade. O exercício do poder baseado tão somente na coerção é um mero indutor da violência, enquanto que a autoridade e legitimidade são qualidades obtidas com o consenso dos governados.

A legalidade é baseada em um sistema jurídico organizado em níveis normativos hierarquizados e diferenciados, funcionalmente entre o setor público e o privado a que estão submetidos governantes e governados. A submissão a um sistema normativo impessoal independente das vontades pessoais que abrange todos os agentes sociais é o que

possibilita a “segurança das expectativas” contra um poder exercido de forma arbitrária (FARIA 1978, p. 78-79).

Como já foi dito, a legitimidade da norma pressupõe um encontro com os valores acolhidos pela sociedade em um momento histórico determinado, qualificado pelo consenso dos governados e atribui a autoridade ao poder político. Assim, cada vez menos se necessita da violência para gerar a adesão ao texto normativo. Esse processo é o que dá legitimidade à norma jurídica e a sua legalidade é atribuída “pelo direito vigente, impessoal e objetivo” (FARIA, 1978, p. 82).

A legitimidade possibilita o exercício do poder enquanto que a legalidade é o exercício do poder sob os princípios do sistema jurídico, ou seja, são duas modalidades que justificam o exercício do poder (FARIA, 1978, p. 88).

No entanto, com o Estado de Direito, há uma redução normativista da legitimidade, que, segundo Max Weber, com a complexidade da sociedade industrial “a legalidade acabou transformando-se no aspecto predominante de dominação legitima das sociedades modernas” (MAX WEBER apud FARIA, 1978, p. 89). Isto ocorre com o advento do Estado de Direito porque a Constituição é a expressão da vontade, do consenso em torno de valores prioritários, tornando-se parâmetro para a definição da legitimidade do poder. É a legalidade, isto é, a adequação aos preceitos normativos definidos pela Constituição que presta legitimidade ao poder político constituído.

Na gênese da redução da legitimidade à legalidade está uma posição eminentemente positivista na perspectiva da dominação legal-racional de Max Weber. A política como vocação de uma neutralidade que atribui legitimidade a qualquer tipo de legalidade parte de pressuposto nem sempre verdadeiro. Isso porque todo sistema normativo presente em uma Constituição representa o consenso construído historicamente em relação aos valores. Em síntese, a relevância é atribuída à formalidade do sistema e não aos atributos axiológicos do conteúdo normativo. (MAX WEBER apud FARIA, 1978, p. 57 e 91).

Positivismo e realismo apresentam visões diferentes sobre a função da norma jurídica. Para o positivismo, a norma não necessita ser justa, mas deve ser válida e para o realismo, a norma não precisa ser válida e sim eficaz. Para essas duas correntes do pensamento jurídico, a legitimidade também assume diferentes conotações: para o positivismo, a legitimidade está na legalidade da norma, enquanto que para o realismo, somente é possível a legitimidade por meio da efetividade social do direito.

A legitimidade baseada na efetividade assume um papel eminentemente instrumental centrada na "eficiência do sistema político", relegando, a um segundo plano, "as referências normativas", que garantem a impessoalidade e a segurança jurídica. Ainda, para Faria, "os processos político-jurídicos são processos de realização coletiva de determinados objetivos manifestados por decisões que, para serem implementadas, precisam criar um clima de segurança e ser aglutinadores" (FARIA, 1978, p. 106).

Em outras palavras, a legitimidade pressupõe processos de decisão baseados no consenso entre os interesses coletivos e individuais, que se inserem na estrutura formal de um sistema jurídico. Isso garante a impessoalidade das decisões do processo político e a segurança e previsibilidade inerente aos sistemas normativos do ponto de vista estrutural.

Dessa forma, a premissa fundamental do consenso para a legitimidade implica na consideração da pluralidade de opiniões e de interesses e na construção de meios para a mais ampla participação e comunicação. Conforme Faria (1978, p. 106), a legitimidade e seus títulos e "valores em nome dos quais o poder é exercido" são basilares para o exercício do poder político e indicam sua solidez e das instituições que o compõem, como a ordem constitucional.

O essencial é que o espaço onde a legitimidade se apresenta é o espaço do diálogo, da argumentação sem a qual o consenso – e, por consequência, a autoridade do poder – não ocorre, restando, tão somente, a coação como sustentação do poder. Nessa perspectiva, é possível designar um Estado de Direito, quando há Estado de Direito Democrático. A participação democrática é elemento essencial para a legitimidade do poder e consequentemente do ordenamento jurídico.

Conforme José Eduardo Faria:

> [...] todo direito positivo tem uma instabilidade em sua estrutura, uma instabilidade intrínsica, resultante do conflito permanente dos valores sociais entre e com a própria realidade social, em constante mutação. Por extensão, toda norma jurídica pressupõe um permanente conflito de valores e uma necessária interferência decisória do poder, cujo critério é um conjunto de premissas de valor que se refere a certas condições sociais e que nelas se realizam sempre sujeita ao risco da arbitrariedade no momento da decisão (FARIA, 1978, 115).

Em uma sociedade complexa e estratificada em diferentes grupos sociais com interesses difusos, o problema que se coloca é a capacidade da dogmática positivista baseada na formalidade em reduzir a complexidade social à "unidade formal e sistêmica da lei" (FARIA, 1988, p. 10).

Nesse cenário, o direito tem a necessidade de se estabelecer como um mecanismo de direção social por meio da integração social e consenso dos indivíduos, visando a objetivos comuns. Assim, há a tentativa de superação das tradicionais concepções do direito como instrumento de controle social baseado na sanção de suas normas.

De fato, sob o aspecto do consenso social, a validade da norma ultrapassa a dimensão de uma validade baseada na formalidade de sua constituição e adequação à estrutura do sistema jurídico estabelecido. Ela passa a "valer" a partir de sua efetividade que se relaciona com "sua capacidade de adaptação a uma realidade cada vez mais tensa, estigmatizada pelos antagonismos de classe e pelas crescentes turbações coletivas" (FARIA, 1988, p. 99).

Dentro dessa visão, poder e direito estão totalmente relacionados e, segundo Norberto Bobbio, o poder legal "é o poder democraticamente formulado no âmbito de um ordenamento constitucional". (FARIA, 1988, p. 105). A conexão entre o direito e o poder político está nos papéis que a legalidade e a legitimidade estabelecem para o poder político do ponto de vista do exercício de quem o detém, isto é, como poder de mando e do ponto de vista dos cidadãos.

A legitimidade é o título que justifica a dominação, enquanto que a legalidade está no exercício desse poder que respeita o sistema jurídico. Do ponto de vista dos governantes, o direito é um instrumento de poder, fundamentado pela legitimidade e limitado pelas normas do sistema. Para os cidadãos, o direito (a legalidade) é a garantia de proteção contra o arbítrio, enquanto que o seu dever de obediência é pautado nos símbolos da legitimidade do poder político (FARIA, 1988, p. 105).

O poder e o sistema jurídico estão intimamente relacionados:

> [...] se o poder efetivo é aquele que consegue obter os resultados propostos por seus dirigentes e satisfazer as expectativas de seus governados, a norma eficaz é aquela acatada, observada e cumprida pelos diversos grupos sociais. Desse modo, a eficácia da norma depende da efetividade do poder, por sua vez, depende da própria necessidade que o ordenamento jurídico tem de ser eficaz (FARIA, 1988, p. 105-106).

A questão que fica em suspenso em relação à legitimidade, como instrumento de justificação do poder pelos símbolos e valores aceitos pela sociedade é o caráter eminentemente funcional que a legitimidade assume. Isso acontece quando a ênfase atribuída ao direito muda de uma função protetora por meio de medidas punitivas e passa a assumir uma função promocional de mudanças na sociedade.

Segundo Faria, esta característica funcional da legitimidade a transforma em uma questão ideológica, que tem caráter de:

> [...] modelar a conduta dos homens e garantir a reprodução dos valores prevalecentes, de um lado canalizando, desarmando e controlado os conflitos desagregadores da ordem estabelecida, e, de outro, propiciando "fórmulas políticas" que permitem aos governantes equacionar as tensões sócio-econômicas a partir de uma racionalidade apenas esboçada (FARIA, 1988, p. 107).

A natureza funcional da legitimidade estabelecida pelo consenso, como mecanismo de efetividade das normas jurídicas, não pode prescindir do acesso à justiça, como meio de efetivação dos Direitos Fundamentais. Esse acesso vai além da concepção tradicional de acesso ao Judiciário, mas se consubstancia no acesso ao direito a partir da especificidade de cada um dos tipos de Direitos Econômicos e Sociais.

O acesso ao direito é viabilizado nos processos comunicativos de apreensão cognitiva dos instrumentos normativos, no acesso institucional aos processos de produção legislativa e na judicialização das demandas. É um instrumento basilar da construção da legitimidade e, por via conexa, da efetividade das normas jurídicas, particularmente, dos Direitos Fundamentais.

O tema de acesso à justiça será tratado posteriormente, mas o que é necessário deixar consignado é a sua importância instrumental na efetividade dos Direitos Econômicos e Sociais, observada na atuação organizada de grupos sociais de reivindicação, mesmo de forma compensatória, de demandas específicas relacionadas à materialidade dos Direitos Fundamentais.

CAPÍTULO VI – A EFICÁCIA DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS E OS PLEITOS DIRIGIDOS AO ESTADO

O direito deve refletir as várias aspirações da sociedade e suas decisões devem ter abrangência social. Para análise da eficácia dos Direitos Econômicos e Sociais é relevante a natureza dos pleitos elaborados pela sociedade e dirigidos ao Estado para consecução do cometimento normativo, que podem ser classificados em compensatórios e estruturais.

Os pleitos compensatórios estão alinhados à visão tradicional de atribuir direitos subjetivos aos titulares com o objetivo de compensar uma situação de prejuízo para indivíduos ou grupos. Nesse caso, o direito não intervém na relação, particularmente econômica que propiciou a desigualdade.

Conforme Calixto Salomão Filho, os pleitos estruturais, partem da premissa de que o direito tem a função de regular as relações em sociedade e deve "ser capaz de intervir diretamente nas estruturas econômicas (e nos institutos jurídicos que os protegem) de modo a criar inclusão e escolha para os indivíduos" (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 63). A inclusão e escolha são valores que devem permear o processo de desenvolvimento econômico.

Para que exista a coerência entre direito e perspectivas axiológicas – no caso, o direito de inclusão e de escolha da população –, são necessárias mudanças materiais e institucionais e os entes sociais devem estar preparados para os "pleitos corretos", que pressupõem estímulos institucionais para a cooperação. Esses estímulos podem ser produzidos dentro do direito e têm sua missão facilitada quando em uma sociedade há dependências recíprocas entre seus membros e a informação é completa (HABERMAS, 2010, p.191).

A gênese democrática da legitimidade do Estado de Direito, a partir da práxis reivindicatória de grupos sociais, leva à conclusão de que a participação organizada da sociedade é elemento intrínseco à natureza dos Direitos Econômicos e Sociais. Conclui-se, assim, pela valorização da criação de instituições que viabilizem esta participação.

Nesse contexto, o direito tem muito a contribuir, já que é capaz de criar e disciplinar instituições que venham a ser caracterizadas por mecanismos reais de representação, constituindo-se em instrumentos eficazes de transformação social (HABERMAS, 2010, p.191).

Com relação aos Direitos Econômicos e Sociais, há necessidade de mudanças estruturais, que demandem a compreensão das pretensões que derivam do direito objetivo, porque é necessário interpretar o direito a partir de suas consequências, o que vale dizer, de sua materialidade.

As interpretações da norma e dos dispositivos legais deixam de ter um aspecto centrado tão somente na lógica interna do direito e se voltam para as consequências de sua aplicação. Essa mudança na atitude interpretativa do direito deve possibilitar a compreensão de que o direito cria o poder, que inicialmente não existia. Assim, é necessário separar o direito que disciplina, daquele que cria o poder. Em síntese, cabe ao direito atribuir disciplina às relações sociais e limitar o poder.

Quando o direito não interpreta seus próprios institutos (a partir de suas consequências) e não conduz à correção das distorções, ele relega sua função de regulação das relações sociais ao poder, que faz uso utilitarista de seus institutos. É o caso da exclusividade da propriedade em um cenário de escassez ou a mercantilização especulativa da propriedade urbana.

O direito à propriedade, material ou intelectual, é um relevante exemplo das escolhas no processo hermenêutico. Essas escolhas interpretativas implicam em perceber que cabe ao direito separar a propriedade como organização na sociedade, da propriedade como fundamentação para distribuição do poder. O direito de propriedade não pode conduzir à extrapolação do poder de quem o detém.

Em contexto de escassez, o “dogma” da exclusividade da propriedade deve ser colocado em questão. O instituto da propriedade deve ser analisado sobre o prisma da relevância do bem para a coletividade e, assim, a exclusividade do uso e fruição do bem passa a ser limitado ou, mesmo, deixa de existir. A função social da propriedade não deve estar somente no uso econômico a ela atribuído, mas sim nos impactos desse uso para a promoção da dignidade humana.

Vale destacar a contribuição de Adilson Abreu Dallari.

> A expressão função social da propriedade pode-se também atribuir outro conteúdo, vinculado a objetivos de justiça social; vale dizer, comprometido com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada – como é o caso do Brasil – no qual o acesso à propriedade e o uso dela sejam orientados no sentido de proporcionar ampliação de oportunidades a todos os cidadãos independentemente da utilização produtiva que já esteja tendo (Dallari, 2002, p. 74).

Por diversos momentos, já foi mencionando neste trabalho, que o sistema econômico é o grande instrumento de escolha sendo notório seu direcionamento apartado das necessidades coletivas. As estruturas de poder são direcionadas pelo mercado e, até mesmo, órgãos estatais definem grandes diretrizes baseadas em seu fluxo.

Nesse contexto, são importantes instituições que acolham a participação popular. O direito quando viabiliza tais instituições, assegura a representação e participação da população como direcionadores no tratamento de interesses sociais pelo Estado e possibilita a quebra do monopólio da racionalidade privatista como parâmetro de escolha na sociedade. São necessárias garantias institucionais que possibilitem a participação popular nas escolhas do Estado. O direito pode agir nesse contexto de participação da população, possibilitando condições de igualdade de poder, em instituições que possam influenciar as estruturas do Estado. Tais instituições devem garantir representatividade e pluralidade relativas aos grupos sociais para evitar a concentração do poder, cooptação política e econômica e garantir autonomia. Essas iniciativas constituem-se anteparos aos limites condicionados pelas escolhas do mercado. O ponto de chegada de instituições plurais e participativas é o de possibilitar a criação de um processo econômico menos excludente, mais participativo e com maior possibilidade de escolha.

O indivíduo sozinho não tem capacidade para proteger seus interesses, ele precisa se organizar e sua proteção está no coletivo, portanto, é necessária a fomentação de um espírito associativo. A pulverização de interesses na sociedade capitalista e o individualismo são elementos que obstruem a criação de instituições coletivas. Além do mais, criminalizar a participação popular, obstruir ou desestimular sua organização, fomentar o individualismo são obstáculos à consecução e institucionalização dos Direitos Humanos.

É importante a legitimidade do Estado de Direito, que se fundamenta em um processo legislativo democrático baseado na soberania do povo e nos Direitos Humanos. Esta participação popular se materializa em um cenário em que cada vez mais surgem novos atores sociais, que buscam formas inovadoras de comunicação para atendimento de suas demandas. Trata-se de um movimento que se pauta pelo pressuposto da democracia participativa, pulverização e especialização de demandas por meio dos denominados movimentos sociais.

Para a efetividade dos dispositivos constitucionais e demais instrumentos normativos, é fundamental o acesso à justiça com o estabelecimento de condições para o exercício

desse direito, porque a função instrumental do acesso à justiça é imprescindível para a consecução de outros direitos.

A sociedade pode reivindicar Direitos Fundamentais ao Estado, mas eles têm sido historicamente atendidos conforme a discricionariedade do agente público, com argumentação baseada nos limites orçamentários. Isso enfraquece a luta de grupos sociais organizados em torno da conquista dos Direitos Econômicos e Sociais de responsabilidade direta do Estado. Nesse aspecto, um obstáculo, muitas vezes aventado, à judicialização dos Direitos Econômicos e Sociais é a evocação da reserva do possível que, em última análise, se sobressai às disposições normativas.

Nessa perspectiva, o próprio sistema normativo (Direito) cede diante de premissas orçamentárias, negando o *mandamus* constitucional e tornando sua facticidade dependente, em grande medida, da disponibilidade econômica e da posição ideológica momentânea dos estados. Essa situação encobre a disputa axiológica e a arena dialética entre grupos sociais que buscam influenciar as decisões do agente estatal, como se as escolhas do gestor público para a alocação de recursos se dessem em um ambiente asséptico das disputas políticas inerentes ao Estado Democrático.

A análise da adequação do direito, mais precisamente, do controle jurisdicional como agente regulador e mediador na implementação de políticas públicas, relacionadas a Direitos Econômicos e Sociais, deve levar em consideração a dinâmica dos processos de decisão dessa categoria de ação estatal. Esses processos ocorrem nos grupos sociais que competem visando à prevalência de seus interesses, cuja ação administrativa "contribui para a reinterpretar e modificar o conteúdo das demandas dirigidas ao Estado pelos grupos" (BUCCI, 2009, p. 22).

A compreensão dos processos decisórios tem sua base na teoria pluralista da política, na qual o "tema dos interesses sociais ganha relevo, e a burocracia passa a ser vista criticamente, não como um corpo neutro no interior do Estado, mas como elemento cujas características de formação e tensões internas pesam sobre o resultado dos processos de decisão" (BUCCI, 2009, p. 22). Conclui-se pela premente necessidade da ação do sistema jurídico como regulador da adequação dos atos administrativos às finalidades axiológicas do Estado acolhidas na Constituição.

Quando se reconhece que o processo de escolha do Estado se dá num ambiente de conflito, a argumentação da escassez de recursos (em princípio verdadeira) não é mais elemento preponderante para o afastamento do Judiciário da fiscalização na implementação de direitos de natureza prestacional.

Nesse contexto, a função do Judiciário é a de garantir que tais escolhas sejam coadunadas com as diretrizes normativas, que apontam para a finalidade última do Estado de Direito – a promoção da dignidade humana.

O que não cabe é sucumbir preceitos constitucionais diante de questões de natureza orçamentária, em face da complexidade jurídica, institucional, política e econômica nas quais as políticas de implementação de Direitos Econômicos e Sociais estão implicadas.

Quando as considerações anteriormente levantadas não se efetivam, a centralidade atribuída à reserva do possível impõe uma situação em que a legislação orçamentária prevalece em relação a preceitos constitucionais, como bem descreve o professor Ingo Wolgang Sarlet:

> [...] o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídicos normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais e, o que é mais grave, de caráter jus fundamental, tudo a demonstrar – como bem recorda Eros Grau – que a assim designada reserva do possível "não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento", até porque, se fosse assim, um direito social sob "reserva dos cofres cheios" equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica". Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem "governa" – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais (SARLET, 2008, p. 380-381).

É preciso levar em conta os limites orçamentários do Estado na distribuição dos recursos que darão efetividade aos Direitos Econômicos e Sociais. Da mesma forma, é preciso que o Estado reconheça as demandas dos diversos grupos sociais, garantindo amplo acesso ao processo decisório do Estado. Um exemplo pragmático é a lei nº 10.257/2001(Estatuto da Cidade), que estabelece em seu Art. 2º, II "[...] a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento".

Em relação ao reconhecimento dos Direitos Econômicos e Sociais como direitos subjetivos, é importante considerar a tese do professor Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p.383), que considera a reserva do possível como limite fático. O direito não tem o poder de criar recursos onde não existem ou são escassos. No entanto, a natureza subjetiva e a

possibilidade de reconhecimento, inclusive judicial, se expressam em determinadas circunstâncias relacionadas ao caso concreto e aos limites do mínimo existencial da própria sobrevivência do indivíduo.

A crítica posta não está relacionada à natureza da reserva do possível, mas direcionada ao uso como argumento indiscriminado para a omissão do Estado na consecução dos Direitos Econômicos e Sociais:

> [...] levar a sério a reserva do possível (e ela deve ser levada a sério, embora com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, Parágrafo 1º da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribui para a 'produtividade' da reserva do possível, há que explorar outras alternativas disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo de neutralizar – no mínimo no que diz com as prestações básicas, o seu impacto (SARLET, 2008, p. 378-379).

A postulação pela aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais – Art.5º, parágrafo 1º da Constituição Federal – impõe a otimização da efetividade de tais direitos, isto é, todas as atividades dos poderes do Estado adquirem um sentido positivo. Da mesma forma, em um sentido negativo de proibir a edição de normas que venham a limitar ou que "atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental", não haverá a possibilidade de disponibilidade de não agir dentro dos limites da discricionariedade dos órgãos estatais, dos Direitos Fundamentais (SARLET, 2008, p. 385).

A definição da vinculação do agente público está diretamente relacionada à hermenêutica dos Direitos Fundamentais em relação à especificidade de cada uma de suas categorias, isto é, dos bens da vida tutelados por esses direitos. A interpretação material do alcance do Direito é que determina a vinculação do agente público e dos limites da ação dos particulares.

CAPÍTULO VII – A EFICÁCIA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS COMO DIREITOS DE DEFESA E PROTEÇÃO

1. Análise dogmática da eficácia dos Direitos Econômicos e Sociais como direitos de defesa e proteção

A título de retomada, é necessário destacar que a eficácia dos Direitos Fundamentais apresenta peculiaridades dogmáticas entre as diferentes gerações de direitos tendo por base a disponibilidade de recursos do Estado. É preciso considerar que uma doutrina dos Direitos Econômicos e Sociais centra-se na necessidade de recursos tendo em vista a prestação material do Estado. No entanto, as diferenças entre as gerações de direitos pode encobrir a face fática dos direitos de primeira geração como se as garantias civis e os direitos de liberdade não demandassem, igualmente, a disponibilidade orçamentária.

Diferentemente dos Direitos Econômicos e Sociais, os direitos de liberdade e as garantias civis não pressupõem, de forma preponderante, a necessidade de prestações pelo Estado para sua efetividade, entretanto sua eficácia está relacionada às funções de defesa e de proteção, que impõem comportamentos omissivos do Estado e de particulares na ingerência da autonomia pessoal dos titulares do direito subjetivo (SARLET, 2008, p. 289).

Outra característica dos direitos de liberdade e das garantias civis está na natureza das normas constitucionais que os acolhem, que possuem aplicabilidade imediata e direta e garantem a subjetivação do direito sem a necessidade de concretizações legislativas, ensejando plena justicialidade (SILVA, 2007, p. 140).

Apesar da importante contribuição do professor José Afonso da Silva, é preciso ressalvar o aspecto da efetividade das normas que acolhem tais direitos, porque dificilmente uma norma não necessita de recursos sejam de natureza legislativa, material ou institucional para sua efetividade.

O reconhecimento dos direitos de liberdade e de garantias civis como direitos subjetivos individuais essenciais – o direito de judicialização da exigência de proteção contra ações arbitrárias do Estado ou de particulares que venham obstar o gozo dos Direitos Fundamentais tutelados – é o que garante a aplicabilidade imediata das normas constitucionais que os acolhem, garantindo o direito à tutela judicial individual.

A natureza de direito individual está ligada ao fato de que os Direitos Fundamentais são sempre referidos à pessoa considerada na individualidade da dignidade humana e do

direito à vida que é sempre pessoal. Mesmo os Direitos Econômicos e Sociais, considerados em sua dimensão coletiva, não se desvinculam do direito individual pela especificidade de cada tipo de direito social e na perspectiva da preservação da dignidade humana. A titularidade de tais direitos, mesmo quando pleiteados de forma coletiva é sempre do individuo.

Essas considerações são essenciais para que seja afastada a ideia de impossibilidade da subjetivação dos Direitos Econômicos e Sociais, assunto que será abordado mais adiante. O embate sobre a possibilidade da subjetividade dos Direitos Econômicos e Sociais somente poderá prosperar, principalmente, em função da pretensa dificuldade da materialidade da prestação que o direito tutelado exige, do que pela natureza formal das normas que os acolhem.

Do ponto de vista da dimensão de proteção dos Direitos Econômicos e Sociais, é preciso considerar que, apesar de ainda existir a necessidade da disponibilidade de recursos materiais e institucionais do Estado, não há diferenciação essencial em relação aos direitos de primeira geração. Nesse caso, não existem óbices à subjetividade de tais Direitos Fundamentais, garantindo assim sua plena judicialização.

É importante insistir que, sob o aspecto formal, a eficácia de uma norma está condicionada à sua adaptabilidade na estrutura do sistema jurídico e à capacidade de produzir efeitos jurídicos. A eficácia, portanto, é uma qualidade da norma estabelecida em relação à análise estrutural do ordenamento jurídico – é um atributo da norma jurídica.

Vale destacar a contribuição de Miguel Reale sobre a diferenciação de efetividade e eficácia da norma jurídica.

> Efetividade e Eficácia são termos correlatos: enquanto o primeiro é atributo do poder, o segundo é um atributo na norma. Assim, se o poder efetivo é aquele que consegue obter os resultados propostos e satisfazer as expectativas, a norma eficaz é aquela acatada, observada e cumprida pelos diversos grupos sociais. Portanto, tanto numa noção como na outra há uma espécie de círculo vicioso: a eficácia da norma depende da efetividade do poder, da mesma forma como esta efetividade, por sua vez, depende da necessidade que o ordenamento jurídico tem de ser eficaz. Em termos estritamente jurídicos, efetividade e eficácia também têm sentidos específicos: nesse caso, enquanto a eficácia deve ser entendida como a capacidade de produzir efeitos, por efetividade compreendemos o efetivo cumprimento da norma jurídica pelos seus destinatários, ou seja, a dimensão sociológica do direito (REALE, apud FARIA, 1978, p. 96).

O conceito de eficácia jurídica se alinha ao positivismo de Hans Kelsen (1994), no qual o aspecto da validade da norma é o de maior relevância, por reconhecer aquela norma como pertencente a um determinado ordenamento jurídico. Nesse caso, não há análise valorativa do conteúdo da norma, mas a averiguação se a norma foi concebida e se é compatível às exigências positivas determinadas pelo ordenamento jurídico do qual faz parte. Em suma, a validade está relacionada à adequação da norma aos ditames legais do ordenamento jurídico, no qual está inserida desde o momento de sua concepção.

Esta característica formal da eficácia é complementada pela eficácia social ou efetividade da norma. São conceitos distintos, porém sob um aspecto pragmático, são complementares. José Afonso da Silva esclarece esta distinção, concordando com a análise de José Eduardo Faria citada anteriormente:

> [...] a aplicabilidade das Normas Constitucionais significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da Norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social (SILVA, 2007,13).

A análise da efetividade das normas e, particularmente, em relação às normas constitucionais, que acolhem os Direitos Fundamentais não se restringe à análise formal de sua positivação. Não se pode esquecer que a Constituição como documento político-jurídico encampa um embate, uma disputa ideológica, entendida no sentido da tomada de posição.

A positivação dos direitos e liberdades civis e dos Direitos Econômicos e Sociais foi determinada em função da disputa ideológica entre as concepções do Estado liberal e a crescente necessidade de intervenção do Estado, inspirado pelas concepções socialistas de regulação das atividades econômicas e como meio de garantir a igualdade material.

Em determinados dispositivos normativos, a Constituição acolhe princípios do Estado liberal como as liberdades e garantias civis que, historicamente, nasceram com o objetivo de proteger os indivíduos contra as usurpações arbitrárias do Estado.

No entanto, com a evolução econômica, os Estados deixaram de ser o único agente capaz de oprimir o desenvolvimento individual. O que se verifica é o surgimento de novos agentes extraestatais com poder e recursos para impor novas formas de coação arbitrária. Dessa forma, as liberdades e garantias civis deixam de ser suficientes para proteger os indivíduos contra todas as formas de relação coativa de convivência. Cabe então ao Estado,

regular as relações assimétricas e, assim, assumir novas funções, interferindo diretamente nos aspectos da organização econômica.

Nesse movimento histórico de maior intervenção do Estado, há a passagem da democracia liberal para a democracia social com maior intervencionismo em áreas antes relativamente marginais à atuação do Estado. Em certas situações, o Estado assume a função de agente econômico com atuação complementar à atividade empresarial privada e, muitas vezes, até mesmo, concorrencial.

Essa evolução histórica repercute com mudanças nas constituições nacionais, que além dos princípios já existentes de liberdade política, acolhem princípios de Direitos Econômicos e Sociais, que determinam disposições relativas à organização econômica. Essas disposições interferem, também, nas relações capital e trabalho, nos direitos e garantias sociais fundamentais, como educação e saúde entre outros.

Os Direitos Econômicos e Sociais representam na Constituição o embate ideológico de poder com o agravante de que a positivação desses direitos se faz por meio de normas genéricas e imprecisas que não foram reguladas diretamente no texto constitucional. Nessa medida, caracterizam-se como normas de eficácia limitada.

Com relação às normas programáticas, elas têm a propriedade de nortear atividades dos poderes do Estado, sendo que a "legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames que são como programas dados à sua função", a serem seguidos pelos órgãos do Estado (SILVA, 2007, p. 127).

É certo que as características teleológicas dos Direitos Econômicos e Sociais servem de inspiração para embates jurídicos, pelos quais segmentos vulneráveis da população brasileira se empenharam, nos últimos vinte anos, chamando o Judiciário a se manifestar no sentido de condicionar o Estado a cumprir o imperativo das normas constitucionais. A importância dessa característica teleológica dos Direitos Econômicos e Sociais está na disciplina das relações econômicas e sociais e na atribuição de fim ao Estado, condicionando-o à justiça social. Nesse sentido, José Afonso da Silva aponta que:

> [...] a determinação constitucional, segundo a qual as ordens econômica e social têm por fim realizar a justiça social, constitui uma norma-fim, que permeia todos os direitos econômicos e sociais, mas não só eles como, também, toda a ordenação constitucional, porque nela se traduz um princípio político (SILVA, 2007,144).

Conforme exposto, as normas programáticas representam limites à ação estatal e condicionam suas ações. Isso significa que Direitos Econômicos e Sociais impõem prestações positivas ao Estado, como afirma Canotilho:

> Quando se afirma que o direito à habitação é um direito do cidadão estamos a acentuar o caráter individual do direito; quando afirmamos que para assegurar o direito à habitação incumbe ao estado programar e executar uma política de habitação inserida em plano de reordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização [...] estamos a salientar a dimensão institucional de um direito (CANOTILHO, 2001, p. 52).

Os Direitos Econômicos e Sociais como conformadores da ordem jurídica possuem característica axiológica para compreensão do ordenamento. Conforme descreve José Afonso da Silva:

> A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disto consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma eficácia interpretativa que ultrapassa neste ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei. A interpretação jurídica resulta numa compreensão valorativa, num juízo de valor que não se extrai do nada, mas, ao contrário, decorre da intuição das tendências sócio-culturais da comunidade, e fundamenta-se nos cânones axiológicos que pertencem à ordem jurídica vigente (SILVA, 2007,157).

Além da eficácia interpretativa das normas programáticas, descortina-se sua eficácia em relação às normas futuras, porque será inconstitucional qualquer lei que venha divergir da Constituição. Consequentemente, em função de sua natureza constitucional, as normas programáticas condicionam as ações da administração pública e do Poder Judiciário. Como define Canotilho:

> [...] todas as normas que reconhecem direitos sociais, ainda que sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais, de tal sorte que o Poder Legislativo não pode emanar leis contra estes direitos e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização; ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja das próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos; ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislativo, atuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos (CANOTILHO, 2001 apud SILVA, 2007, p.160).

A natureza constitucional das normas programáticas, sua eficácia interpretativa e vinculação dos atos dos poderes do Estado, nos últimos vinte anos no Brasil, tornaram-se importantes balizadores das ações da sociedade organizada.

O pleito insistente da população para manifestação do Judiciário – em matérias que buscam a quebra da inoperância histórica do Estado, em relação à proteção dos Direitos Humanos – constitui importante instrumento para prestar efetividade social desses direitos. Essas reivindicações têm sido empreendidas por organizações de defesa dos Direitos Humanos, movimentos sociais e órgãos públicos, como a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e o Ministério Público.

É importante consignar que a atuação dos grupos vulneráveis é inquestionável como indutor do reconhecimento de direitos com acolhimento constitucional do direito de greve e de associação e organização sindical; direito ao repouso; licença maternidade; direito a férias remuneradas, entre outros. Esses direitos constituem-se notórios exemplos das conquistas em torno das reivindicações da classe trabalhadora em face da relação opressora que perdurava e, ainda, perdura entre o capital e o trabalho.

Em consonância com o escopo da análise empírica sociológica da eficácia do direito à moradia, neste trabalho, e utilizando-se da terminologia de Miguel Reale, a relevância está na análise da efetividade da norma jurídica, na capacidade da norma de produzir seus efeitos dentro da dinâmica das relações sociais. Isso não significa negligenciar os aspectos estruturais do direito.

As normas constitucionais que acolhem os Direitos Econômicos e sociais, em função da complexidade empírica dos direitos acolhidos, não se restringem a uma caracterização como normas programáticas. Os casos concretos determinam o cometimento desses direitos, tanto na dimensão prestacional de direitos positivos, como na de direitos de defesa e proteção.

A efetividade social das normas constitucionais que acolhem os Direitos Fundamentais está na capacidade de condicionar concretamente o comportamento dos indivíduos em relação ao atendimento ao cometimento da norma. A norma será tanto mais efetiva à medida que haja a congruência entre os princípios axiológicos acolhidos socialmente e o *mandamus* normativo, ou seja, a capacidade de condicionamento do comportamento está diretamente relacionada à legitimidade da norma.

Nesse sentido, a efetividade social é uma qualidade da norma relacionada à "função" do ordenamento jurídico e, conforme Luis Roberto Barroso, a "efetividade

significa [...] a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social" (BARROSO, 1996, apud SILVA, 2010, p. 85).

José Afonso da Silva observa que as normas constitucionais são classificadas, em função de sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, como normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada. Não há intenção de relevar a importância estrutural da eficácia jurídica das normas constitucionais, principalmente em relação às normas acolhedoras de princípios constitucionais. A tradicional construção doutrinária do professor José Afonso da Silva que classifica normas constitucionais em função do grau de sua eficácia traz uma distinção que não condiz com a realidade dos preceitos jurídicos, no sentido das condições necessárias para que produzam seus efeitos na sociedade.

Com olhar crítico, Virgílio Afonso da Silva afirma que a classificação das normas constitucionais em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada é o entendimento doutrinário de que determinadas normas constitucionais bastariam a si mesmas para que produzissem seus efeitos de forma plena. Em outras palavras, seria inerente ao texto normativo dessas normas a sua efetividade.

Em concordância com Virgílio Afonso de Souza em relação à tão avalizada construção doutrinária, é preciso considerar que toda norma jurídica em maior ou menor grau depende de condições que não se restringem a seu texto para sua efetividade. Tais condições, por vezes, são de ordem jurídico-formal, tal como a necessidade da produção legislativa de normas complementares que disciplinem seu sentido e criem as condições formais para sua efetividade. Desse ponto de vista, a efetividade das normas constitucionais, também, pode demandar a disponibilização de meios institucionais e materiais, sem os quais não há a possibilidade do atendimento do cometimento normativo.

Os recursos demandados para a efetividade dos Direitos Fundamentais positivados na Constituição, logicamente irão variar em consonância com a característica de cada direito fundamental, porém, não é possível desconsiderar que haverá esta demanda. Se assim não fosse, qual seria a validade, no sentido de utilidade de uma norma que não é capaz de produzir seus efeitos na sociedade direta ou indiretamente?

De fato, os direitos de primeira geração, igualmente aos Direitos Econômicos e Sociais, demandam para a sua efetividade a construção e manutenção de um aparato institucional e a disponibilidade orçamentária do Estado. Com isso, perde sentido o tradicional entendimento, de que os Direitos Fundamentais de primeira geração, as garantias civis e políticas sejam acolhidos em normas constitucionais de eficácia plena. Acresce-se que os Direitos Econômicos e Sociais, como o direito à moradia, à saúde, ao

trabalho, entre outros, são direitos acolhidos em normas de eficácia contida, tendo como balizador a efetividade.

Ao analisar a natureza de cada um dos grupos de direito, sua abrangência e conteúdo, é possível determinar que os bens tutelados pela norma constitucional que acolhe os Direitos Fundamentais demandam ações de proteção e prestacionais por parte do Estado.

Se tal distinção não tem sentido, a questão principal é a indagação sobre a origem da grande acolhida dos Direitos Civis e da incipiente efetividade dos Direitos Econômicos e Sociais, já que formalmente não há distinção entre os dois grupos de direitos.

Virgílio Afonso da Silva assevera que tal distinção está relacionada à dimensão da prestação material que cada um dos grupos de direitos demanda do Estado. Os direitos de liberdade e garantias civis já possuem um aparato institucional e legal construído, como é o caso do direito ao voto que apesar dos custos, a estrutura que permite a realização de eleições já está construída e consolidada.

Em relação aos Direitos Econômicos e Sociais, a constatação é no sentido contrário de que todo o aparato necessário à consecução dos Direitos Econômicos e Sociais ainda não foi construído. Ele demanda um grande aporte de recursos, que nem sempre, está disponível em um ambiente de escassez, apesar da discricionariedade do agente público na aplicação do orçamento do Estado.

Com relação às prestações demandadas pelos Direitos Econômicos e Sociais, outra característica é a natureza singular desses direitos que demandam ações que são distintas dos demais direitos. O direito à moradia demanda, por exemplo, a criação de condições de financiamento, acesso à moradia, regulação do uso e disposição da propriedade privada que são distintas das demandas necessárias à efetivação do direito à saúde.

Não é preciso esforço para buscar notórios exemplos dessa situação, como o direito à liberdade, que apesar de tradicionalmente demandar uma ação negativa do Estado. Há necessidade da manutenção de um aparato judiciário no qual o individuo se socorre quando é constrangido ilegalmente pelo Estado ou por particulares.

Tais disposições doutrinárias foram analisadas em passagem anterior deste texto, com alinhamento à tese que sustenta que a classificação das normas como de eficácia plena e de eficácia contida, não seriam um ponto preponderante na diferenciação entre as normas constitucionais que acolhem as garantias civis e as normas que acolhem os Direitos Econômicos e Sociais.

Conforme já explicitado, os dois grupos de normas em maior ou menor grau dependem de concretizações legislativas e da disponibilização pelo Estado de meios para a sua efetividade.

Diante de tais considerações, a conclusão principal diz respeito à diferenciação em termos de efetividade entre os Direitos Fundamentais políticos e de liberdade e os Direitos Econômicos e Sociais. Essa é uma questão preponderantemente relativa à dimensão dos recursos envolvidos, materiais e institucionais na consecução dos direitos, do que de diferenciações oriundas da natureza normativa de cada grupo de direitos.

2. A efetividade dos Direitos Econômicos e Sociais como direitos de defesa e proteção

Não é possível deixar de considerar que os Direitos Econômicos e Sociais acolhem bens essenciais cuja efetividade demanda a ação positiva do Estado. São direitos que impõem ao Estado a disponibilização de meios que possibilitam o acesso a bens fundamentais à manutenção da dignidade humana.

São direitos cuja universalização exige do Estado uma ação positiva seletiva destinada àqueles grupos sociais que se encontram em situação de flagrante vulnerabilidade para a consecução do direito. No entanto, além desta natureza de direitos que requerem a ação positiva do Estado, – analogamente aos direitos e garantia civis, no caminho de sua efetividade –, constituem-se, também, em direitos de proteção e de defesa.

Assim, segundo Alexy, a natureza de defesa e proteção dos Direitos Fundamentais sob o aspecto estrutural do ordenamento jurídico, está presente no direito subjetivo do "titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros" (ALEXY, 2006, p. 450).

Ao estabelecer a dicotomia fática das dimensões de defesa e de proteção e a natureza de direitos prestacionais dos Direitos Econômicos e Sociais, surgem novos questionamentos. Um deles é que se tais direitos constituem direitos subjetivos de seus titulares ou normas objetivas, eles impõem ao Estado o dever de proteção aos indivíduos (ALEXY, 2006, p. 451).

Nesse mesmo sentido, a efetividade do direito subjetivo individual de defesa e proteção, como bem afirma Ingo Wolgang Sarlet, independe de uma prestação de terceiros

e está restrita a uma ação “abstencionista por parte do destinatário da norma” (SARLET, 2008, p. 292).

De acordo com Alexy, os direitos de proteção e de defesa são direitos subjetivos que garantem a judicialização do pleito dirigido ao Estado com vistas à aplicação da ordem jurídica, visando disciplinar e demarcar o âmbito de atuação dos sujeitos de direito em suas relações (ALEXY, 2008, p. 450).

É notória a controvérsia em relação à judicialização dos Direitos Econômicos e Sociais, que se materializa na viabilidade do acolhimento do pleito dirigido aos tribunais para a consecução de direitos como o direito ao trabalho, à moradia, à saúde, entre outros. No entanto, quanto ao direito subjetivo à proteção e defesa contra ações, seja do Estado ou de particulares – que venha a obstar o acesso e gozo de tais direitos, de forma análoga, aos direitos e garantias civis – o entendimento é que seja passível de plena judicialização.

É preciso esclarecer o real entendimento e dimensão dos Direitos Econômicos e Sociais como direitos de defesa e proteção. É na dogmática de cada direito econômico e social que se verificam as condições para sua efetividade e a dimensão das ações de proteção e defesa.

No caso do direito à moradia, é preciso mais uma vez recorrer à análise fática das relações econômicas que envolvem tal direito. Nesse caso, toda organização econômica no Brasil concebida, historicamente, em torno da propriedade privada fundiária – da terra que se constitui como bem econômico escasso e valioso –, é a base para o entendimento das possibilidades de efetividade do direito à moradia.

Não é possível desconsiderar que a ocupação do espaço urbano se dá em um contexto de disputa e, a proteção da posse desses espaços por aqueles que se utilizam dele (não como mercadoria, mas como meio de gozo do Direito Fundamental à moradia) indica a importância da dimensão negativa dos Direitos Econômicos e Sociais. Conforme Robert Alexy, a determinação do que e como deve ser protegido é uma questão substancial a ser respondida pela dogmática de cada Direito Fundamental. Em relação aos Direitos Econômicos e Sociais, esta determinação toma vulto na medida em que os limites da dimensão de proteção e defesa e a da prestação nem sempre apresentam demarcação clara.

A afirmação anterior resulta da complexidade das relações sociais, econômicas e mesmo políticas que envolvem o objeto de proteção do Direito Econômico e Social. Assim, é por meio do trabalho de análise hermenêutica no caso concreto que será definida a dimensão de proteção do Direito Econômico e Social.

Em função dessa natureza empírica da dimensão de proteção do Direito Fundamental, torna-se difícil a definição do rol de situações diante da demanda pela abstenção do Estado ou de particulares – que tradicionalmente enseja na dimensão de proteção do direito social – ou diante da dimensão de prestação desses direitos.

Considerando que os Direitos Fundamentais são positivados em normas vagas e abertas, é muito importante a definição dos bens e fatos da vida, acolhidos na norma e cuja realização ou omissão implicam em consequências jurídicas, isto é, o suporte fático da norma (SILVA, 2010, p. 68).

O suporte fático são os elementos essenciais para a fundamentação do âmbito de defesa e de prestação dos Direitos Fundamentais, assim como a forma de aplicação, o conteúdo e restrições. Para a configuração do suporte fático de um direito fundamental, é necessário definir seus elementos, que estão relacionados à análise empírica e dogmática de cada tipo de direito fundamental. Um dos elementos que compõe o suporte fático é o "âmbito de proteção" do Direito Fundamental, representados pelos "bens, atos, fatos, estados ou posições jurídicas que são protegidos pela norma" (SILVA, 2010, p. 72).

A determinação do "âmbito de proteção" não é uma tarefa intuitiva como a princípio possa parecer. Esta afirmativa advém da complexidade empírica que envolve os Direitos Fundamentais e das características de sua estrutura normativa, que não se confunde com os direitos que asseguram. Esses aspectos serão abordados posteriormente neste trabalho.

A estrutura de uma norma de Direito Fundamental, sua qualificação como regra jurídica, princípio e "diretriz política" varia conforme as condições de sua aplicação e interpretação de seu enunciado deôntico (VALE, 2009, p. 13).

A Constituição Federal de 1988 instituiu o sistema aberto de Direitos Humanos em seu Art. 5º, §2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Há o conceito de acolhimento material dos Direitos Fundamentais no direito constitucional positivado. Este conceito acolhido pela doutrina pátria estabelece que determinados direitos em função de seu conteúdo façam parte do núcleo fundamental da Constituição mesmo que não positivados em seu texto. Dessa forma, os Direitos Fundamentais expressos no texto constitucional não se configuram em um elenco taxativo e exaustivo de direitos.

Conforme André Rufino dos Vale, a instituição de um sistema aberto de Direitos Fundamentais demonstra que tais direitos são mais abrangentes do que as normas positivas que os acolhem. Sendo assim, os Direitos Fundamentais não se confundem com as normas positivadas que os conformam, ou seja, não existe uma "correlação necessária entre os direitos e os enunciados deônticos que conformam sua proteção normativa" (VALE, 2009, p. 13).

Outra característica relevante que contribui para a compreensão da estrutura das normas de Direitos Fundamentais é a distinção entre a norma e o Direito Fundamental entre a expressão textual (enunciado) de uma disposição constitucional e as normas que dela resultam "da atividade interpretativa" (VALE, 2009, p. 13).

Em função da característica aberta dos textos e dos enunciados que acolhem os Direitos Fundamentais, e por serem as normas o resultado da interpretação desses enunciados, pode existir uma multiplicidade de normas vinculadas aos dispositivos constitucionais de Direitos Fundamentais tantas quantas forem as interpretações possíveis.

Tome-se como exemplo, o direito à moradia, objeto deste trabalho. A moradia envolve posições jurídicas relacionadas ao planejamento da ocupação do espaço urbano que relativizam a propriedade privada. A moradia impõe regulamentações sobre a posse especulativa de propriedade e demanda a segurança jurídica da posse em detrimento da propriedade formal. Esses são alguns exemplos que serão aprofundados ao longo deste trabalho.

Outra situação que confirma a complexidade da determinação no âmbito de proteção é a natureza de indivisibilidade e complementariedade dos Direitos Fundamentais. Além do âmbito de proteção, é necessária a definição do destinatário da norma, ou seja, o sujeito contra o qual se busca garantir a não intervenção; esse sujeito pode ser o Estado ou mesmo particulares.

Virgílio Afonso argumenta que o suporte fático deve conjugar todos os elementos de proteção da norma de Direito Fundamental e é necessário que tal intervenção tenha fundamentação constitucional. Caso contrário, a referida intervenção se constitui em uma violação, que ensejaria uma declaração de inconstitucionalidade do ato. Nos casos em que haja a intervenção fundamentada com base na Constituição haverá uma restrição ao Direito Fundamental e não uma violação (SILVA, 2010, p. 74).

Assim, ao admitir a intervenção no âmbito de proteção do Direito Fundamental, é necessária a análise à luz da dogmática Constitucional e dos elementos que fundamentaram a decisão que deram ensejo às restrições e, por consequência, na delimitação de fato do

conteúdo essencial do Direito Fundamental. Esse conteúdo é o núcleo do direito em relação ao qual não caberia nenhuma limitação. No entanto, é necessário distinguir o que são efetivamente restrições ao exercício de um Direito Fundamental e as situações concretas diante de formas de conduta que a própria Constituição exclui do âmbito de proteção do Direito Fundamental. São situações em que o exercício do direito individual enseja práticas ilícitas.

Situação referente ao exercício da liberdade de expressão está prevista no Art.5º, IV da Constituição federal com a seguinte redação: IV – É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Por um lado, a liberdade de expressão foi valorizada pelo constituinte em função da importância social da difusão da cultura e do pensamento, por outro, em função das eventuais consequências dessa comunicação, há o estabelecimento de um regime jurídico destinado a ponderar liberdade, responsabilidade e interesse social. (FERREIRA FILHO, 1990, p. 32). O direito individual à liberdade de expressão não se coaduna com a disseminação de ideias discriminatórias em função da raça.

Implicitamente, em algumas situações concretas, a utilização de termos como a regulamentação pode indicar o escamoteamento de intervenções no âmbito de proteção do Direito Fundamental. Nesses casos, a hermenêutica do ato de intervenção deve ser guiada pela análise da eficácia social do exercício do Direito Fundamental com a implementação da “regulamentação”.

Amplamente reconhecidas na doutrina, teorias sobre as restrições a direitos dividem-se em teorias externas e internas.

A teoria externa reconhece, de forma distinta, o direito e sua restrição: primariamente há o direito e, em segundo plano, o direito restringido, que é o que resta do direito após restrição. Para a teoria externa não existe relação entre o direito e as restrições. Haverá restrições ao Direito Fundamental somente diante de exigências de conciliação com os direitos de outros indivíduos ou com direitos coletivos (ALEXY, 2006, p. 277).

A teoria interna parte da premissa de que não há diferenciação entre direito e restrição; o que há é uma delimitação do conteúdo do direito. Conforme Robert Alexy, a restrição é substituída pelo limite do direito e o que efetivamente importa é a determinação de seu conteúdo; nesse caso, a análise está nas “restrições imanentes” (ALEXY, 2006, p; 278).

Para que se dê ensejo às consequências jurídicas dos preceitos da norma de direito fundamental, é necessário que haja a intervenção no âmbito de proteção por parte do Estado ou de particulares sem a devida fundamentação constitucional.

A Constituição, ao acolher Direitos Econômicos e Sociais como o direito à moradia, dentre outros, abre espaço à possibilidade de jurisdicialização das exigências éticas, morais e materiais da comunidade. Consequentemente, em um contexto de relações econômicas complexas, tais direitos assumem dimensões em que a simples interpretação gramatical do texto constitucional não é suficiente para a determinação do âmbito de proteção do Direito Fundamental, ou seja, dos bens protegidos pelo direito.

Além da discussão da definição dos elementos a serem protegidos na norma de Direito Fundamental, há também de forma igualmente importante, a discussão sobre a forma de proteção. A proteção demanda abstenção de ação do Estado ou de particulares, mas tal acepção de proteção é insuficiente, mesmo nos casos que envolvam as liberdades públicas e garantias civis baseada na abstenção. Em determinadas situações, é necessária a ação positiva do Estado, como é o caso da regulação de setores da economia.

Na natureza dessa proteção, seja abstenção ou ação estatal, repousa outro tema controverso relacionado ao direito subjetivo à proteção do titular do Direito Fundamental. As consequências dessa dubiedade doutrinária na definição das dimensões de defesa e proteção e do reconhecimento das citadas dimensões dos Direitos Econômicos e Sociais representam o não reconhecimento do direito subjetivo à defesa e proteção.

Como bem assinala Virgílio Afonso da Silva em sua análise do direito à liberdade, que pode ser estendida aos Direitos Econômicos e Sociais, a proteção desse direito está na garantia de que nenhum agente estatal ou privado venha a obstar o gozo do direito, prevalecendo a inação dos agentes externos.

No entanto, quando há um cometimento externo que venha a privar o titular do Direito Fundamental, para que o direito se reestabeleça, é necessária a ação positiva do Estado. Há um direito a ter liberdade que garante a manutenção do *status* do titular do Direito Fundamental. Nesse sentido, não é a inação ou a ação positiva do Estado que determina a subjetividade do direito.

De forma análoga, a dimensão de defesa e proteção do direito à moradia está relacionada à salvaguarda contra ações do Estado ou de particulares que venham a obstar o acesso ou violem o exercício do direto.

Ao se analisar as complexas relações econômicas, sociais e jurídicas em que o direito à moradia está inserido é facilmente possível vislumbrar a importância da dimensão

de proteção que o direito assume. Esta complexidade inclusive foi apreendida em construções normativas ordinárias, como é o caso da lei nº 10.257/2001. Essa lei, o Estatuto da Cidade, acolhe dispositivos regulatórios que atuam na ordenação da ocupação do solo urbano e que contribuem para a relativação do direito à propriedade em face de sua função social, buscando inibir a retenção especulativa de imóveis. Há dispositivos que têm a função precípua de democratizar a ocupação do espaço urbano.

Antes de aprofundar a questão dos dispositivos normativos presentes no Estatuto da Cidade, que se alinham de forma teleológica aos Direitos Fundamentais, como igualdade, proteção da dignidade humana e participação democrática nas decisões do Estado, é necessário fazer análise factual da dimensão de defesa e proteção do direito à moradia.

A precariedade habitacional de grandes parcelas da população não se manifesta não apenas nas condições físicas da moradia, que expõem de forma dramática as desigualdades na distribuição das riquezas nas cidades brasileiras. Tal precariedade encontra-se, também, na insegurança jurídica da posse da moradia, deixando a população à mercê da sanha especulativa do mercado imobiliário.

A realidade dos aglomerados de habitações precárias, denominadas favelas, é um eloquente exemplo da premência da dimensão protecional do direito à moradia. O cerne de tal análise está, exatamente, nos aspectos econômicos, políticos e legais que envolvem grandes parcelas da população que vivem em condições precárias. Isso significa dizer que essa precariedade se expressa nas condições físicas e nos títulos de propriedade ou posse, que garantiriam a proteção contra a turbação da posse.

Em síntese, para os moradores dessas aglomerações, a efetividade do direito à moradia, como o acesso à terra já se deu. Apesar da ausência da prestação de serviços públicos básicos e da precariedade física de grande parte dessas moradias, muitos moradores já se estabeleceram nesses locais onde constroem suas vidas, relacionam-se comunitariamente e alguns exercem aí atividades profissionais. Nesse caso, a efetividade do *mandamus* constitucional está na segurança jurídica da posse da moradia, que é o maior bem a ser protegido.

A terra como bem essencial e escasso é suplantada pela terra como bem mercadológico. A consequência da lógica da premência do interesse privado em relação ao interesse público é a ocupação especulativa dos espaços urbanos e a privatização dos benefícios dos investimentos públicos em transporte, saneamento, escolas, dentre outros.

Nesse contexto, a população empobrecida é expulsa de suas habitações, e ficam como que “degredada” nas periferias das cidades e em não raras situações com a anuência

do Estado. Longe de seu trabalho, de equipamentos urbanos essenciais, como escolas, creches, hospitais e de serviços essenciais de fornecimento de água e de saneamento, a população tem seus direitos fundamentais negados. O Estado por omissão ou ação direta tem patrocinado a violação dos Direitos Fundamentais da população moradora em habitações precárias.

Se os Direitos Fundamentais de primeira geração, ansiados por uma ascendente burguesia, nasceram da necessidade de defesa e proteção contra a ingerência do Estado, na atual realidade, destaca-se a dimensão de defesa e proteção dos Direitos Econômicos e Sociais contra a ação arbitrária de particulares e do próprio Estado.

Assim, a dimensão de defesa e proteção dos Direitos Econômicos e Sociais se assemelha à proteção dos direitos civis, que enseja na imposição da abstenção do Estado e de particulares ações que venham impor óbices à fruição do Direito Econômico e Social. Não há eventualmente a necessidade de alocação de recursos e de "concretização legislativa" (SARLET, 2008, p. 289).

É frequente que a judicialidade da demanda pela defesa e proteção do direito econômico e social se dê pela utilização de normas ordinárias, no âmbito estrito da aplicação do direito positivo sem que o magistrado engendre em grandes construções hermenêuticas. Essas situações poderiam ser entendidas como verdadeiro ativismo judicial e extrapolação dos limites funcionais do Poder Judiciário. Quando patrocina a violação do Direito Econômico e Social, o Estado faculta a possibilidade de judicialização da demanda pela prestação e reparação do direito ofendido ao titular desse direito.

De um lado, se há dúvida doutrinária sobre a subjetividade dos Direitos Econômicos e Sociais, de outro, é certo que a violação ao acesso e gozo do direito é de responsabilidade do Estado porque, mesmo com ação ou inação de proteção ao direito, o Estado faculta ao titular do direito ofendido o pleito pela ação prestacional reparadora.

Os fatos narrados demonstram que os direitos de defesa e proteção das famílias são direitos de natureza subjetiva, segundo Robert Alexy. Não são meramente oriundos de normas objetivas, de "normas que prescrevem que o Estado proteja os indivíduos, sem a eles conferir um direito subjetivo" (ALEXY, 2006, p. 451).

Por mais que o direito subjetivo à defesa e proteção se ancore na construção e interpretação liberal dos Direitos Fundamentais de primeira geração, as situações fáticas possibilitam também a subjetivação do direito de defesa e proteção em relação aos Direitos Econômicos e Sociais.

A análise fática, mais uma vez, utilizando-se das argumentações de Robert Alexy (2006, p. 456), demonstra que as famílias de habitações precárias fazem jus ao direito de defesa e proteção. Esse direito é entendido como direito em face do Estado para que este se abstenha de uma ação que efetivamente engendrou na violação dos Direitos Fundamentais das famílias. Por outro lado, elas teriam o direito subjetivo de defesa e proteção consubstanciado na ação estatal para obstar a violação de seus Direitos Fundamentais por terceiros.

A demanda prestacional do Estado não está somente na disponibilidade orçamentária. O pleito que urge dos milhões de brasileiros que vivem em tais situações é a intervenção de um Estado que utilize os meios regulatórios e os instrumentos legais, já disponíveis, para assegurar a segurança jurídica na posse de suas moradias.

Em tal situação mesmo, o pleito ao Judiciário para a garantia contra a turbação na posse desses moradores não exige grandes construções doutrinárias, nem mesmo que o juiz, incidindo no ativismo judicial, avoque para si ações reservadas ao Poder Executivo. O direito à moradia, na situação em análise, requer dos magistrados a aplicação do direito positivo e que julguem conforme os critérios legais e de justiça e que esclareçam o que "legal e ilegal e o justo e o injusto".

O Estatuto da Cidade trouxe mecanismos que tornam a possibilidade de efetividade do direito à moradia e da segurança jurídica da posse uma realidade concreta. O acesso ao direito de camadas empobrecidas da população como a assistência judiciária qualificada no processo judicial pode levar o Judiciário a uma interpretação "socialmente orientada" pelas carências materiais dessa população. Tais demandas se constituem em antítese a uma exegese, tradicionalmente privatista do direito, principalmente quando estão em pauta questões que pleiteiam a relatividade de direitos como a propriedade em face de sua função social.

No caso da defesa e proteção de Direitos Econômicos e Sociais, invariavelmente, a demanda pela ação positiva do Estado parte de uma população extremamente empobrecida. A postulação em juízo nem sempre significa uma prestação material diretamente relacionada ao bem definido no texto normativo.

Muitas vezes, no caso do pleito relacionado à defesa e proteção de uma situação de fato, já consolidada por essa população, não existe a necessidade de novas construções doutrinárias ou de uma interpretação dos textos normativas que leve ao ativismo judicial. O que se pretende é a defesa e proteção já positivada no sistema normativo contra o arbítrio que, muitas vezes, parte do próprio Estado. Tão importante quanto à característica

prestacional, que marca os Direitos Fundamentais é a sua natureza de direitos de defesa e proteção. Nesse sentido, a reflexão aqui exposta se filia à construção dogmática do professor Claus-Wilhelm Canaris que distingue os Direitos Fundamentais com base em suas funções como proibições de intervenção e como imperativos de tutela (CANARIS, 2009, p.56).

A caracterização do direito como "proibições de intervenção" ou como "imperativo de tutela" assenta-se na análise do caso concreto. É na situação fática que a função do Direito Fundamental, ou melhor, a função deontológica da norma fundamental irá se expressar.

No caso do direito à moradia, que implica "em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma" (SILVA, 2008, p. 376.), atribui-se ao Estado a obrigação de prover a universalização do acesso à moradia. No entanto, a obrigação estatal na criação de condições ao acesso à moradia adequada não é a única exigência normativa. A defesa e proteção contra obstáculos de acesso ao direito é elemento integrante do preceito constitucional.

Reafirma-se a ideia de superação de uma doutrina dos Direitos Econômicos e Sociais centrada em um tipo de prestação material direta do Estado, como ponto preponderante da efetivação do direito. A percepção das condições complexas que envolvem o bem da vida tutelado é o que possibilitará a utilização dos instrumentais próprios do sistema jurídico extraídos da evolução de seus institutos e da sua funcionalidade básica de disciplina das relações sociais.

Estes são os pontos paradigmáticos para a efetivação dos Direitos Econômicos e Sociais, que vão além da obviedade da prestação material de natureza compensatória que não possui vínculo com mudanças estruturais e que são facilmente derrotáveis, pelo já mencionado princípio da reserva do possível.

Diante de tais exemplos, são notórias as dimensões que o direito à moradia assume indo além da questão prestacional material e que estão longe de grandes discussões doutrinárias, porém muito próximas das carências vivenciadas, rotineiramente, por parte da população mais fragilizada das cidades brasileiras.

CAPÍTULO VIII – EFETIVIDADE E REGULAÇÃO

A preponderância doutrinária da interpretação dos Direitos Econômicos e Sociais como direitos prestacionais, em certa medida, reduz a discussão da efetividade desses direitos a apenas um dos aspectos que envolvem a especificidade fática de cada um dos diferentes tipos de Direitos Econômicos e Sociais. Isso se refere à capacidade de impulso financeiro dos Estados para a implementação desses Direitos Fundamentais.

Nesse caso, a reserva do possível, como limite racional daquilo que o indivíduo pode esperar como prestação do Estado para a concretização de sua dignidade, limita-se a ponderar sobre as disponibilidades orçamentárias do Estado. A prestação material do cometimento normativo da norma acolhedora do Direito Fundamental sai da dimensão dogmático-jurídica, e concentra-se nas possibilidades materiais do Estado de criar condições para a prestação positiva.

O direito não é capaz de criar recursos onde não existem, porém sua função de regulação das relações sociais se constitui em mecanismo essencial na construção da efetividade dos Direitos Econômicos e Sociais. A estrutura dogmática do direito pode proporcionar meios e legitimidade formal para o estabelecimento da igualdade material no acesso a bens essenciais, e contribuir com a criação de instituições que incentivem a participação e cooperação entre os diferentes atores sociais.

No contexto de globalização caracterizado pela interdependência entre nações agravado pela escassez de recursos, a capacidade dos Estados Nacionais em conduzir suas escolhas econômicas e seu papel como propulsor do desenvolvimento econômico são efetivamente muito reduzidos.

No entanto, é justamente a ação de intervenção do Estado, particularmente, pela função regulatória à atividade econômica, que se apresenta como mecanismo de fomentação da efetividade social dos Direitos Fundamentais. Mais uma vez é importante esclarecer que a ação regulatória não se restringe à capacidade de investimento do Estado, mas sim à escolha de um processo de organização e desenvolvimento econômico baseado na redistribuição de seus benefícios, por meio de um “processo de inclusão e escolha para os indivíduos” (SALOMÃO, 2012, p. 63).

A regulação da atividade econômica com vistas a um desenvolvimento inclusivo das populações vulneráveis está relacionada aos valores que norteiam as escolhas do

Estado, que devem se alinhar de forma teleológica, aos princípios acolhidos pela Constituição Federal e fundamentados na primazia da dignidade da pessoa.

A regulação do Estado no domínio econômico serve como meio para reequilibrar setores, cujas condições de mercado ofereçam grandes benefícios para determinados agentes econômicos em detrimento de concorrentes ou consumidores (SALOMÃO, 2012, p. 31). Pressupõe-se, portanto, que a intervenção do Estado pode criar condições para a redução das desigualdades pela constatação pragmática da incapacidade dos próprios agentes econômicos de possibilitar o acesso e inclusão de outros agentes. Apesar de a função de regulamentação do direito se contrapor à ideologia liberal da mínima intervenção do Estado no domínio econômico, esse aspecto regulatório possibilita a garantia "institucional da correção e equilíbrio do processo de interação econômica". Esse processo se dá entre diversos agentes econômicos, que possibilitam a criação de um ambiente propício à concorrência – um dos pilares do capitalismo liberal (SALOMÃO, 2012, p. 34).

Conforme Calixto Salomão, a regulamentação é o meio que possibilita a igualdade material entre todos os agentes sociais no desenvolvimento de suas atividades. Para o emérito professor, o processo de regulamentação é a "garantia de uma contestação, de uma participação de todos os agentes econômicos, que garanta a tomada de uma decisão mais uniformizada pelos consumidores" (SALOMÃO, 2012, p. 34).

Dessa maneira, o fundamento da regulamentação da atividade econômica é a igualdade material que possibilita aos agentes econômicos desenvolverem suas atividades e aos consumidores exercerem suas escolhas.

Como o objeto desta dissertação é a análise da eficácia do direito à moradia não é possível esquecer que sua efetividade depende diretamente das formas de ocupação do espaço urbano, das escolhas relacionadas ao planejamento da cidade e do uso dos recursos públicos. Esses elementos incorporam-se ao direito à moradia e requerem a intervenção do Estado na organização das cidades, e incidem diretamente na regulamentação da atividade econômica, que tem na mercantilização do espaço urbano seu negócio. Essa ação regulatória está prevista na Constituição com o instituto da função social da propriedade e da Lei 10.257/2001 – O Estatuto da Cidade – que entre outros dispositivos, prevê em seu Art.1º, parágrafo único: "[...] esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental".

O acesso à moradia não implica necessariamente no direito subjetivo à prestação material do Estado, mas sim à proteção e à garantia da igualdade material entre os diversos atores sociais no acesso ao bem essencial e participação na destinação e utilização do espaço urbano.

Análises anteriores deram conta de que a questão do direito à moradia, assim como de outros Direitos Fundamentais está na determinação da abrangência do direito acolhido pela Constituição. A realidade demonstra que o direito à moradia não se limita à prestação material da moradia pelo Estado, mas também pressupõe um direito subjetivo que demanda outras ações ativas por parte do Estado. Essas ações vão no sentido de potencializar o seu acesso, como ações regulatórias da ocupação do espaço urbano, limitações ao uso e disposição da propriedade, inibição da acumulação e mercantilização especulativa, acesso à justiça e ao direito.

Dessa forma, quando se observa a realidade e a complexidade das relações sociais e econômicas, o que sobressai é a necessidade da atenção às formas de efetivação dos Direitos Econômicos e Sociais, que devem servir à promoção da igualdade e não como forma de promoção de interesses mercadológicos.

Submeter os Direitos Econômicos e Sociais à lógica do mercado implica na transferência dos parcos recursos públicos a particulares. Assim, tão importante quanto à disponibilidade material é a regulamentação e criação de um ambiente de ocupação democrática dos espaços urbanos que possibilite a sua universalização.

Daí a necessidade de reconhecimento da terra, do espaço urbano como bem essencial à vida e como tal, carecedor de disciplina normativa que o considere como bem comum. Isso requer a real intervenção direta do Estado no domínio econômico, determinando as condições da ocupação do espaço urbano.

Além dos aspectos aventados anteriormente, a efetividade social dos Direitos Fundamentais concentrada tão somente na ação prestacional do Estado, em algumas situações fáticas, se apresenta com uma natureza meramente compensatória, não possibilitando o rompimento com as estruturas de poder que geram a desigualdade social.

Esse aspecto compensatório é empiricamente percebido nas estruturas de poder e na organização econômica e social que, historicamente, foram moldadas em função da propriedade privada.

Sem a regulamentação do acesso e fruição da propriedade privada fundiária há a concentração do domínio do espaço urbano. O que se vê principalmente é a população mais vulnerável – aquela com parcos rendimentos que vivem em habitações precárias

como cortiços e favelas –, sujeitando-se ao arbítrio e tem o acesso à justiça negado para a proteção de sua moradia.

A efetiva vinculação da propriedade à sua função social e a constituição de um direito urbanístico, que possibilite a real democratização da ocupação do espaço urbano são exemplos que vão ao encontro da efetivação de Direitos Econômicos e Sociais – sem que haja uma implicação direta de uma prestação material do Estado, no caso do direito à moradia.

Nesse contexto, a propriedade é somente garantida se atender a um interesse coletivo, como assevera Mariana Moreira: "Está condicionada a servir um interesse que supera a esfera jurídica de seu titular. Vale dizer, a propriedade deve atender a um interesse coletivo para que possa, no atendimento do interesse individual, ser garantida pelo ordenamento jurídico" (DALLARI, 2010, p. 31).

Tratam-se de dimensões da organização da vida em sociedade que tem por fim a adequação dos interesses dos particulares às necessidades da coletividade, à luz dos princípios da igualdade e da dignidade humana. Essa dinâmica social apresenta impactos estruturais de transformação social maior do que a eventual implementação de políticas públicas compensatórias. Esta percepção é capturada por alguns movimentos sociais que militam em questões de moradia, aspectos que serão abordados mais adiante.

A relevância do tema da efetivação do direito à moradia é demonstrada por dados elaborados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), divulgados em 21 de outubro de 2008. De acordo com esta pesquisa, 54,6 milhões de pessoas, que representam 34,5% da população urbana do Brasil vivem em habitações inadequadas. São consideradas habitações inadequadas aquelas com adensamento excessivo, serviço inadequado de saneamento e água canalizada, e situação fundiária precária que, como afirma a pesquisa, são frutos da desigualdade brasileira "[...] enquanto os 10% mais ricos detêm 75% da riqueza nacional, um em cada três brasileiros das cidades não tem condições dignas de moradia" (IPEA, 2008).

O adensamento excessivo é definido como a coabitação superior a três pessoas por cômodo que serve como dormitório e atinge 12,3 milhões de pessoas. A população residente em assentamentos precários, ou seja, moradores de favelas, cortiços ou residências em terrenos de terceiros somam, no Brasil, um total de 14,7 milhões de pessoas; sendo que a maior parte concentrada na Região Sudeste, especificamente, nas regiões metropolitanas de São Paulo e do Rio de Janeiro.

Para esses milhões de brasileiros, as questões relacionadas ao acesso à moradia não podem esperar as condições orçamentárias do Estado e, em muitas situações, para solucionar problemas relativos à moradia, a condição orçamentária não é a mais importante. Pode-se afirmar que é mais efetivo e abrangente, em termos da consecução do direito à moradia, levar a sério a função social da propriedade, o acesso democrático à cidade e restringir o acúmulo e especulação da propriedade urbana.

O espaço urbano é um bem essencial ao desenvolvimento das potencialidades e sobrevivência dos habitantes da cidade e não pode ter seu acesso disciplinado pelas leis de mercado. Aqui o direito pode agir como regulador das relações nesse ambiente, aliás, como já é previsto em instrumentos legais como a Lei 10.257/01 – O Estatuto da Cidade, que entre outras questões disciplina instrumentos fiscais, como o IPTU progressivo que visa inibir o acúmulo especulativo da propriedade urbana.

Um exemplo paradigmático da abrangência do direito à moradia e que não necessariamente, necessita da prestação material – como determinante para a eficácia do direito tendo em vista à função social da propriedade – é que para os milhões de brasileiros que vivem nas favelas das cidades brasileiras, a ação mais premente é a segurança jurídica de sua posse por meio da regularização fundiária.

É importante reconhecer esses espaços urbanos como singularmente protegidos contra desocupações arbitrárias seja por parte de particulares ou do poder público e garantir a efetiva proteção do Estado nos casos de desocupação. Isso deve se dar, tendo em conta a diversidade de moradores, particularmente em relação àqueles em situação de maior fragilidade, como crianças e idosos. São ações coadunadas com o sistema jurídico, mas que a realidade demonstra que nem sempre são respeitadas.

A desigualdade jurídica é estrutural e factualmente confrontada pelo universo de pessoas que vivem em condições precárias. A realidade dessa população mostra o abandono não somente por parte do Poder Executivo pela ausência de políticas públicas, mas também pelo Poder Judiciário. Esse poder, não raramente, deixa de olhar para fora dos gabinetes e foca a interpretação dessa realidade pelo prisma estritamente contratualista e privatista.

É importante considerar que os possíveis procedimentos perpetrados pelo Judiciário não se constituem em exacerbação de suas funções institucionais. Não são procedimentos que poderiam ensejar no chamado “ativismo judicial”, no qual o Judiciário incide atribuições de outros poderes. São procedimentos relacionados, estritamente, à função judiciária, isto é, a de buscar uma decisão calcada na verdade material e incitar outros

poderes a agirem conforme suas prerrogativas institucionais. No capítulo X, esse tema será retomado com a análise da realidade pragmática das relações intersubjetivas nas habitações coletivas multifamiliares, os denominados cortiços, e com o estudo de caso da Favela da Piscina.

Como já foi mencionado, em certas situações, a efetividade do direito à moradia se estabelece apenas pela implementação de políticas públicas compensatórias, sujeitas às escolhas de agentes públicos conforme as conjunturas políticas. São compensatórias, porque visam reduzir desigualdades de um determinado grupo social, porém não possibilitam a superação dos entraves estruturais que impedem o estabelecimento da igualdade material entre os diversos agentes sociais no acesso ao bem essencial.

Um importante instrumento pragmático para a regulamentação e disciplina dos agentes econômicos, que disputam o espaço na cidade é o acesso à justiça, que além do acesso ao Judiciário de camadas da população mais vulneráveis, implica no acesso ao direito. Este se refere a que os tribunais respondam às demandas apresentadas por essa população, ponderando pela igualdade material no acesso à utilização do espaço urbano, conforme sua natureza de bem essencial e escasso, em contraponto à sua caracterização exclusiva de bem mercantil.

Em outro sentido, o acesso à justiça constitui-se, também, em apreensão cognitiva do direito. O conhecimento possibilita a legitimidade social da regulamentação e da disciplina dos agentes econômicos em um determinado setor. O acesso à justiça será abordado em capítulo seguinte.

1. Regulação e propriedade privada

A possibilidade de ação de intervenção do direito que proporcione a inclusão e cooperação é real na medida em que se leve em conta o papel oposto que o direito historicamente desempenhou como instrumento de manutenção de estruturas de submissão nas relações de poder.

Um importante exemplo dessa função desempenhada pelo direito é a primazia da propriedade privada, que ao lado do relativismo a ela atribuído por sua submissão à função social é reconhecida como Direito Fundamental. Isso ocorre mesmo quando sua concentração e utilização como ativo financeiro e especulativo é um entrave ao acesso a bens essenciais e escassos, como é o caso do espaço urbano destinado à moradia.

É certo que o direito à moradia não significa direito a um domínio, mas sim às condições de uso e disponibilização da propriedade que têm impacto direto na universalização do acesso ao direito.

A evolução do instituto jurídico da propriedade privada fundiária, evidenciando a passagem do individualismo possessivo foi possível pela incorporação de novos elementos ao direito de propriedade, modificando a sua natureza absoluta e concebendo a propriedade como função social.

O conceito de propriedade vem se transformando em razão da relação subjetiva entre o proprietário e os demais membros da sociedade e o bem. Primeiramente, há a superação do direito de propriedade concebido como relação entre uma pessoa e a "coisa". Essa concepção é errônea – visto que somente existe relação jurídica entre pessoas – mas pode ser superada por uma teoria eminentemente civilista, que apresenta o direito de propriedade como uma relação entre o indivíduo particular e um sujeito passivo universal (*erga omnes)* que devem respeitar esse direito.

É importante notar que a evolução do direito de propriedade abarca a amplitude e complexidade do instituto jurídico, superando a limitação do seu aspecto civilista, que se mantém nas relações disciplinadas pelo direito civil. O caráter público do direito, representado pelos ditames constitucionais, acolhe o princípio da funcionalidade social da propriedade e passa a ser elemento constitutivo do próprio direito, delimitando sua natureza e relação subjetiva entre o proprietário e o universo da sociedade.

Assim, a concepção do regime jurídico da propriedade privada subordinado ao direito civil e considerado como um direito real fundamental apresenta uma visão parcial, porque deixam, em segundo plano, os aspectos de direito público que disciplinam a propriedade notadamente em relação a matérias constitucionais.

O aspecto público do direito de propriedade não se restringe à sua evocação como direito fundamental garantido pela Constituição, ou "quando mencionam o princípio, também constitucional, da função social como justificativa às exceções limitativas do direito" (SILVA, 2008, p, 71).

Assim, o aspecto exclusivamente civilista do direito de propriedade foi superado, pelas mudanças nas relações de propriedade disciplinadas pelo direito público baseadas, fundamentalmente, nos princípios constitucionais condicionando-o à sua função social.

Conforme José Afonso da Silva, a relevância do direito público na disciplina do regime jurídico da propriedade tem como significado legal que o direito civil:

> [...] tão somente regula as relações civis a ela pertinentes. Assim só valem no âmbito das relações civis as disposições do Código Civil que estabelecem as faculdades de usar, gozar e dispor de bens (art.1228), a plenitude da propriedade (art. 1.231), o caráter exclusivo e limitado da propriedade (Art.1.231) etc. (SILVA, 2008, p.71).

A dicotomia entre direito público e direito privado como norteadores do direito de propriedade é superada por uma visão global do instituto, que o trata como uma "situação jurídica subjetiva complexa". Esta visão é possível a partir da concepção de que o "princípio da função social da propriedade (Art. 5º, XXIII – Constituição Federal) é um elemento do regime jurídico da propriedade; é, pois, princípio ordenador da propriedade privada, incide no conteúdo do direito de propriedade, impor-lhe novo conceito" (SILVA, 2008, p.72).

O que se depreende desta formulação é que os princípios civilistas da propriedade, tais como, a exclusividade, o exercício *erga omnes* do uso, o gozo e a disposição passam a ser diretamente disciplinados a partir do direcionamento constitucional. Sendo que tal disciplina é estabelecida em conformidade com o tipo de propriedade com a qual se relaciona.

A afirmação anterior denota o que já é explicito na Constituição, na qual a propriedade não é uma instituição única, mas sim há várias instituições diferenciadas. O texto constitucional garante o direito de propriedade no Art.5º, XXII, a propriedade urbana no Art.182 2º e a propriedade rural nos Arts. 184, 185 e 186. Todos os artigos apresentam suas especificidades, disciplinas, instrumentos de intervenção estatais próprios e a atuação diferenciada da função social da propriedade.

O princípio constitucional da função social da propriedade permeia a Constituição, explicitamente, no Art. 5º, XXIII; como fundamento da ordem econômica no Art. 170, II e III e, como conteúdo das definições de propriedade urbana e rural os Arts. 182, 184 e 186, constituindo-se motivos de sanção quando não observados.

Como bem define José Afonso da Silva, o princípio da função social da propriedade não se confunde com o sistema de limitações da propriedade. Estas "dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo" (SILVA, 2008 p. 73).

Como aponta Karl Renner, a função social da propriedade sempre se modifica à medida que se modificam as relações de produção. Esta mutabilidade na estrutura da propriedade foi acolhida pela Constituição quando remeteu a função social da propriedade ao capítulo da ordem econômica (Art.170, II e III). Silva (2008) esclarece que:

> [...] adotando um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la; um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício possibilitando ao legislador entender como os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição (RENNER apud SILVA, 2008 p. 74).

Pedro Escribano Collado define que a função social da propriedade "introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo" (COLLADO apud SILVA, 2008 p. 74).

A função social da propriedade é elemento qualificante do próprio exercício e acesso ao direito de propriedade, predeterminando modos de uso e aquisição dos bens. Dessa maneira, a dimensão individualista do direito é restringida. Nas palavras de Fiorella D´Ângelo, as normas constitucionais que garantem o direito de propriedade mantêm sua eficácia enquanto atende à função social:

> [...] implicando uma transformação destinada a incidir seja sobre o fundamento mesmo da atribuição dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo de aquisição, em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado; assim é que a função social mesmo acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, sejam como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com as modalidades preestabelecidas (D´ANGELO apud SILVA, 2008 p. 74-75) .

A propriedade é condicionada pelo direito urbanístico a cumprir sua função social e dessa forma está inserida no contexto das normas e planos urbanísticos com suas funções de ordenação da cidade, de propiciar o acesso à moradia em condições adequadas de trabalho e de recreação. A fundamentação dessa condicionante está nos Arts. 182 e 183 da Constituição Federal.

A função social da propriedade privada urbana é definida por José Afonso da Silva como "preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz" e a abrangência desse preceito se intensifica em sua faculdade de atingir o "regime de atribuição do direito de propriedade e o regime de seu exercício". Tais faculdades da função social da propriedade privada urbana vão além da intervenção e da limitação do domínio da coisa privada e são incorporadas à própria natureza do direito, que segundo Silva:

> [...] pelo primeiro cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina uma causa justificadora da qualidade de proprietário´ e em relação ao seu exercício 'realiza um objetivo de harmonização dos interesses sociais e dos privativos de seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito (SILVA, 2008 p. 76).

É patente a submissão dos interesses privados ao interesse público. No entanto, isso não significa a extinção do direito de propriedade, mas mudança de sua própria natureza, que como direito subjetivo complexo passa a incorporar os interesses da coletividade. Segundo Spantigatti, em trecho retirado do livro do professor José Afonso da Silva em relação ao Art. 3º da Constituição Italiana, que dispõe sobre a função social da propriedade:

> [...] constitui em equilíbrio entre interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística (SPANTIGATTI apud SILVA, 2008, p. 77).

Nesse caso, a proteção do direito à moradia advém da interpretação do texto constitucional e, também, de normas ordinárias que disciplinam o assunto diretamente coadunadas com a expressão normativa acolhida na Constituição Federal. É o caso da Lei nº 10.257/01 – O Estatuto da Cidade, que contempla dispositivos que são expressões de princípios constitucionais, que acolhem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro (Art. 3º da Constituição Federal), que serão aprofundados mais adiante.

O Estatuto da Cidade, entre outras medidas vem disciplinar a proteção ao direito à moradia, impondo limites ao agente público na ordenação do espaço urbano com vistas à gestão democrática da cidade, a saber:

> Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
> IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
> XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população (Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade, 2001).

Assim, o direito à moradia não abrange simplesmente o acesso a uma casa, mas consiste em poder efetivamente usufruir da cidade e de todos os seus benefícios, a saber: que a moradia esteja adequadamente inserida na cidade, na segurança jurídica da posse, na disponibilidade de serviços essenciais, no custo acessível à moradia e nas condições de habitabilidade e salubridade. O direito à moradia pressupõe cidadãos com poder político, autores da determinação dos rumos da cidade.

CAPÍTULO IX – A EFICÁCIA DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS E O ACESSO AO DIREITO

1. Acesso à justiça e a igualdade

É pacifico o entendimento de que os Direitos Econômicos e Sociais têm como finalidade assegurar as condições materiais para que os indivíduos sejam respeitados na sua dignidade e possam gozar plenamente da liberdade – pressupostos da finalidade última do Estado de Direito.

A afirmação de que a consecução dos Direitos Econômicos e Sociais demanda ações do Estado, que vão além da obviedade da prestação material, quer dizer que há a necessidade da criação de condições em que a igualdade prevaleça entre os indivíduos. É a igualdade que se manifesta no acesso à justiça e ao direito, aqui entendidos também como apreensão cognitiva do sistema jurídico e na participação nos benefícios do desenvolvimento econômico.

O princípio da igualdade é acolhido explicitamente na Constituição Federal de 1988 no caput do Art. 5°: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade [...]".

A aspiração pela igualdade tem sua razão justamente nas desigualdades que permeiam as relações na sociedade e resta nessa área, a clássica discussão sobre qual igualdade o ordenamento jurídico acolhe: a igualdade formal ou a material. Nessa discussão, vale apontar as palavras de Robert Alexy sobre o sentido e as consequências da adoção de um ou outro conceito de igualdade. Apesar de se referir ao tratamento dado ao instituto pelo Tribunal Constitucional Alemão, o texto transcrito a seguir, demonstra a importância da interpretação do princípio da igualdade, como meio para a consecução de direitos, constituindo-se em “quase” um dever de garantir a igualdade fática.

> Os conceitos de tratamento igual e tratamento desigual têm uma ambiguidade fundamental. Eles podem compreendidos tanto em relação a atos como em relação a consequências A compreensão relacionada a atos está ligada exclusivamente às ações estatais enquanto tais. Já, para a compreensão relacionada a consequências são as consequências fáticas da ação estatal que são decisivas [...]. Em um julgado mais antigo tratava-se de decidir se a não garantia de assistência judiciária gratuita para um determinado procedimento judicial seria a despeito da exigência da presença de um advogado, contrária ao art. 3º, § 1º, da Constituição

> alemã. De acordo com a compreensão relacionada a atos, os necessitados e os não necessitados são tratados não de forma desigual, mas igual, já que a vantagem da assistência judiciária gratuita é recusada a ambos na mesma forma. Pode-se dizer, na esteira de uma terminologia bastante difundida, que ambos foram tratados de forma juridicamente igual. Já segundo a compreensão relacionada a consequência, necessitados e não necessitados não são tratados de forma igual, mas desigual, já que a não garantia da assistência judiciária gratuita impede o necessitado, mas não o não necessitado, "de se utilizar de uma via judicial prevista pela lei, apenas porque não dispõe dos meios necessários para tanto". Mais uma vez na esteira de uma terminologia bastante difundida, é possível dizer que ambos foram tratados de forma faticamente desigual (ALEXY, 2006, p.416).

É sob a guarida do princípio da igualdade que o abuso do poder econômico na apropriação e no controle de bens essenciais à vida pode ser questionado. O direito à propriedade seja ela material ou intelectual é relativizado, porque este direito não pode significar um obstáculo ao bem comum da coletividade.

O direito à igualdade vincula o Poder Judiciário e o legislador obrigando sua observância não apenas formal de uma norma que prevê a consequência jurídica para todos, mas também no seu conteúdo no sentido de igualdade material, como assevera Robert Alexy (2006, p. 399).

Os Direitos Econômicos e Sociais reclamam a capacidade regulatória das relações sociais em suas diferentes dimensões (econômica, política, etc) como a capacidade distributiva do Estado. Esses direitos demandam um espaço de discussão política na qual o direito assume importância singular no sentido de possibilitar a capacidade igualitária de discussão pelo acesso à justiça.

Oportunas são as palavras do professor José Eduardo Faria sobre a dimensão da igualdade material, que encerra os Direitos Econômicos e Sociais, tendo em vista as condições socioeconômicas daqueles indivíduos ou grupos que demandam a proteção normativa.

> Enquanto direitos cuja efetividade pressupõe a substituição da "repressão" pela "promoção" e da sanção penal ou punitiva pela sanção premial, os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios; um direito descontínuo, pragmático e por vezes até mesmo contraditório, quase sempre dependente da sorte de determinados casos concretos. Trata-se de um tipo específico de direitos, cujas práticas judiciais pressupõem a legitimidade processual e o reconhecimento da personalidade jurídica dos grupos e representações coletivas; consagrando um novo padrão de racionalidade, de natureza

> essencialmente material ou substantiva, que colide com os limites estritos da racionalidade formal das leis e dos códigos típicos do Estado liberal clássico, os direitos sociais são politicamente editados com o objetivo de socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados por parte das múltiplas instâncias do setor público (FARIA, 2002a, p. 105-106).

Assim, é oportuna a concepção apresentada pelo professor Humberto Ávila (2009) sobre o processo interpretativo concretizado pelo uso na dinâmica da realidade fática. Nessa medida, uma pré-concepção de alguns Direitos Fundamentais como princípios programáticos circunscrevem tais direitos em amarras que inibem o Poder Judiciário de exercer sua função. Esta diz respeito à fiscalização dos atos de outros poderes e da adaptabilidade desses atos às finalidades do Estado materializadas na Constituição Federal.

Alinhando-se a essa perspectiva hermenêutica verifica-se a apropriação dos processos de interpretação do direito pela sociedade. A importância de tal pressuposto democrático no processo hermenêutico fundamenta-se no princípio da "Dignidade da Pessoa Humana". Essa premissa deve possibilitar a descentralização da apropriação da compreensão do direito das autoridades do Estado, abrindo espaço à participação da sociedade na interpretação dos textos normativos. Essa iniciativa possibilitará, também, a extração dos significados dos textos legais daqueles que dão a legitimidade ao próprio Estado de Direito. Neste sentido, conforme Bittar:

> [...] é abrir a possibilidade a uma hermenêutica que vá além da interpretação nos "moldes" kelsianos, e que possibilite "através de jogos contínuos de linguagem (Wittgenstein), que fará com que as permanentes mudanças destas interpretações tornem a Constituição não apenas um documento formal de Estado (legislador) para Estado (juiz), mas um documento real, de Estado (legislador) para Sociedade (agentes sociais) e de Sociedade (agentes sociais) para Estado (juiz) (BITTAR, 2006, p.50).

Ainda seguindo as palavras do mestre Eduardo Carlos C. B. Bittar:

> Se a mínima moralia dos direitos humanos decorre da ideia de dignidade, esta deve ser lastro para a construção de uma sociedade aberta e pluralista, pricipiando-se pela necessidade de superação das dicotomias clássicas (competência constitucional e legitimidade processual, Estado e sociedade civil, direito público e interesse privado, etc.) que dividem e atravessam o cenário jurídico, em direção à construção de uma concepção segundo a qual a hermenêutica se encontra a serviço dos interesses preponderantes do próprio povo. Uma sociedade aberta e pluralista pressupõe, acima de tudo, que seus valores não estejam estagnados, e muito menos controlados de modo centralizado pela compreensão e pela visão de mundo das autoridades de Estado (BITTAR, 2006, p. 52).

Uma hermenêutica capaz de legitimar o Estado de Direito é percebida na própria realidade, como é o caso das normas do Código Civil e outras normas ordinárias, que tratam da questão da propriedade e da ocupação do espaço urbano sem a devida interpretação à luz do instituto da função social da propriedade privada acolhida no Estatuto da Cidade sob a ótica da população moradora em favelas nas cidades brasileiras.

O indiscutível avanço com a promulgação de normas como o Estatuto da Cidade induz à constatação de que as condições normativas estão relativamente postas, mas é preciso ir além, como afirma Norberto Bobbio (2004). Como já foi dito neste trabalho, o problema fundamental dos Direitos Humanos, não é tanto justificá-los, mas protegê-los. Esta é uma afirmação de cunho positivista no sentido de uma validade formal. No entanto, o grande desafio que se coloca perante aos Direitos Econômicos e Sociais é a sua eficácia, isto é, a criação de condições para que esses direitos que são reconhecidos e positivados em nossa Constituição concretizem-se na vida dos cidadãos.

O caminho para efetivação dos Direitos Econômicos e Sociais passa por questões sobre o pleito de tais direitos. De forma inexorável, esse caminho impõe reflexões de como os Poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo) podem influenciar-se mutuamente pela busca de novas relações e demarcações institucionais entre si dentro do Estado Democrático de Direito.

Essas questões são relevantes porque diante da crescente complexidade social não é possível esperar que os conflitos pelos quais o direito é chamado a decidir sejam tratados de forma a isolar aspectos políticos, éticos, morais e econômicos.

Um elemento central é a condição da própria legitimidade do Estado de Direito que se fundamenta em um processo legislativo democrático que tem por base a soberania do povo e os Direitos Humanos, segundo Jürgen Habermas (2003). Isto ocorre em um cenário no qual cada vez mais surgem novos atores sociais, que buscam formas inovadoras de comunicação para atendimento de suas demandas.

Trata-se de um movimento que se pauta pelo pressuposto da democracia participativa, pulverização e especialização de demandas organizadas pela sociedade por meio de movimentos sociais. Esses movimentos são expressões da democracia participativa e aglutinam indivíduos com interesses comuns na reivindicação e concretização de seus direitos. Os atores sociais envolvidos nesse processo organizativo apresentam reivindicações de naturezas diversas relacionadas a contraprestações do Estado – os Direitos Econômicos e Sociais – relacionadas a ações afirmativas, como questões de gênero e raça.

As especificidades das demandas determinam as configurações dos movimentos sociais quanto à abrangência espacial, às características dos participantes e às formas de atuação e organização.

Uma dimensão importante desta dissertação é a organização dos movimentos sociais de moradia, cuja principal pauta reivindicatória é a universalização do acesso à moradia adequada. Sua atuação é eminentemente de natureza política que visa influir no processo decisório do Estado.

A aproximação com os movimentos sociais e a observação direta das formas de organização e reivindicações, particularmente dos movimentos de moradia que atuam na região central da cidade de São Paulo, levam à compreensão de que os movimentos apreenderam um conceito de acesso à justiça que vai além da atribuição meramente processual de acesso ao Judiciário. Esses movimentos têm como estratégia de atuação a incorporação e utilização dos processos comunicativos específicos do sistema jurídico com vistas a influir na consecução de políticas públicas.

O acesso à justiça constitui-se, portanto, em um processo cognitivo-racional de acesso ao direito e, como ensina Habermas, é fonte de legitimação do próprio direito porque traz em seu cerne a manifestação soberana da vontade do povo. Trata-se de importante instrumento na consecução da eficácia dos Direitos Econômicos e Sociais, tanto pelo amplo acesso aos tribunais, como pelo reconhecimento da população da condição de detentores do direito subjetivo, isto é, de pleitear a prestação positiva do Estado.

O acesso à justiça acolhido na Constituição Federal e em diversos dispositivos normativos, como garantia de igualdade procedimental, é ponto basilar do Estado de Direito. De fato, o próprio sistema jurídico perderia sua validade, se não fosse possível ao indivíduo recorrer ao Estado Juiz para a solução de conflitos, relegando com isso o uso da violência em função da perspectiva de uma igualdade, de fato, entre as partes litigantes.

É nessa perspectiva que cabe ao Estado prover as condições materiais que possibilitem as “garantias processuais fundamentais como a [...], a proibição do efeito retroativo, a proibição do castigo repetitivo pelo mesmo direito, a proibição dos tribunais de exceção, bem como a garantia da independência pessoal do juiz” (HABERMAS, 1992 p. 163 apud ROANI, 2006, p. 131).

O acesso ao Judiciário, como garantia do princípio da igualdade entre as partes no processo, tem como instrumentos mais evidentes de provimento material do Estado, a Assistência Judiciária e a gratuidade processual destinada aos hipossuficientes. Essas provisões são efetivamente oferecidas apesar das dificuldades enfrentadas pelas

instituições do Estado, que se dedicam a essa importante atividade, como é o caso da Defensoria Pública, estatuída pelo Art. 134 da Magna Carta.

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.
> Art. 5º, LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A acolhida constitucional como princípio basilar do Estado de Direito denota que:

> [...] a assistência judiciária constitui-se como um dever que se impõe hodiernamente na certeza da sua essencialidade para a dignidade do homem como cidadão e reconhecimento dos Direitos Humanos, principalmente que o serviço de justiça é prestado por um aparelho cada vez mais complexo, em razão da própria complexidade cada vez maior de que se reveste a vida social (MOREIRA, 1991, p.123 apud ROBERT; SÉGUIN, 2000, p. 151).

Como bem aponta Habermas, o direito de acesso à postulação judiciária e suas garantias procedimentais configuram-se como "[...] direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção individual". (HABERMAS, 1992, p. 159-160 apud ROANI, 2006, p. 163).

É possível constatar que o acesso à justiça encerra uma dimensão maior do que a do acesso ao Judiciário. Nesse sentido, a observação da atuação dos movimentos sociais indica, exatamente, para uma compreensão de acesso à justiça como acesso ao direito.

2. Acesso à justiça e a racionalidade comunicativa do Direito

O conceito de acesso ao direito é compreendido como a institucionalização de um processo democrático baseado na igualdade e centrado na participação popular que possibilita a apreensão cognitiva do direito, o acesso à produção normativa e a criação de um ambiente propício a uma hermenêutica centrada nas condições materiais dos conflitos levados ao Judiciário.

Tal hermenêutica deve ser orientada de forma teleológica pelo princípio da dignidade humana e focada em um procedimento, eminentemente democrático; esse processo promove a facticidade e a validade do próprio sistema jurídico, como já foi aqui mencionado.

A fecunda práxis dos movimentos sociais fundada na perspectiva da igualdade e democracia supera o clientelismo e submissão, aspectos observados em processos participativos ligados à democracia representativa. É possível encontrar correlações diretas com a racionalidade comunicativa do direito de Jürgen Habermas, que condiciona como "[...] válidas as normas de ação as quais todos os possíveis destinatários pudessem dar assentimento na condição de participantes de discursos racionais" (HABERMAS, 1992, p. 142 apud ROANI, 2006, p. 137).

A característica essencialmente democrática do princípio do discurso identifica tais correlações na prática dos movimentos sociais. Esta afirmação é possível a partir das próprias condições atribuídas a essa teoria, conforme Roani:

> [...] 1) todos podem participar dos discursos; 2) todos podem questionar qualquer asserção; 3) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; 4) todos podem manifestar suas pretensões, desejos e necessidades; 5) todos podem exercer os direitos acima (ROANI, 2006, p. 137-138).

O paradigma procedimental do direito é, particularmente, importante quando o acesso à justiça é visto como apreensão cognitiva do direito. Este pressuposto pedagógico do acesso à justiça é relevante principalmente quando grupos sociais vulneráveis demandam proteção dos Direitos Fundamentais. Há situações em que é flagrante a:

> [...] diferenciação social e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados impõe-se medidas que podem 'capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado (HABERMAS, 2003, p.185).

A atuação participativa se coaduna com a matriz democrática do direito, tornando-se um processo que presta legitimidade às decisões estatais. Na atuação dos movimentos sociais, é possível constatar que o processo pedagógico de compreensão das relações do indivíduo com seus direitos e das consequências de sua atuação organizada e solidária com outros indivíduos, é intrínseco ao processo de formação política.

Essa práxis está no cerne da organização dos mais importantes movimentos populares do campo e da cidade. Aliás, o próprio processo de participação constitui-se em processo pedagógico de emancipação e liberdade que se dá de forma solidária com o outro, semelhante nas mesmas agruras e opressão.

A perspectiva de formação dos integrantes dos movimentos sociais aponta para um tipo de pedagogia centrada na percepção histórica, cujo expoente é o grande educador Paulo Freire. Na base dessa pedagogia está a ideia do homem como ser inconcluso, inacabado. Nessa condição ele está em constante busca pelo "ser mais", que implica na superação daquilo que é instintivo – a busca de sua humanização.

A humanização é um processo histórico, "[...] então os direitos humanos também assumem esta perspectiva: conquista e reconhecimento histórico de mulheres e homens. Ao mesmo tempo em que o ser humano se faz, também faz os direitos" (BRUSTSHER, 2006, p. 115).

Para Paulo Freire, o processo de educação não é simplesmente um processo de:

> [..] transmissão de conhecimentos, mas um processo dialógico de produção e resignificação intersubjetiva dos conhecimentos. O objetivo da educação é alcançar a liberdade, por isso visa constantemente à transformação das relações e das estruturas de opressão, o que só é possível com a constituição de sujeitos capazes de compreender, de se pronunciar, de decidir, de fazer (e não de apenas contar ou de repetir) história (BRUSTSHER, 2006, p. 121-122).

Os movimentos sociais constituem-se na institucionalização da busca pela liberdade, mesmo que sob as diferentes bandeiras reivindicatórias. Esse processo de exercício da liberdade se efetiva por concessões compensatórias, mas também por conquistas, conforme palavras de Paulo Freire:

> A liberdade, que é conquista, e não uma doação exige uma permanente busca. Busca permanente que só existe no ato responsável de quem faz. Ninguém tem liberdade para ser livre; pelo contrário, luta por ela precisamente porque não a tem. Não é também a liberdade um ponto ideal, fora dos homens, à qual inclusive eles se alienam. Não é ideia que se faça mito. É condição indispensável ao movimento de busca em que estão inscritos os homens como seres inconclusos (FREIRE 2003, p.34 apud BRUSTSHER, 2006, p. 116).

Essa condição basilar dos movimentos sociais – ação pedagógica centrada na liberdade e na construção de uma racionalidade que visa à institucionalização de suas demandas por meio da participação democrática – tem em sua gênese aspectos comuns com a teoria discursiva do direito. No contexto da teoria discursiva é central a democracia, que serve como atenuante diante da tensão entre a facticidade e validade do direito.

Segundo Habermas, a validade de uma norma somente pode ser efetivamente apreendida pelo corpo social pelo exercício da autonomia política e por "[...] um arranjo

comunicativo: como participantes em discursos racionais, parceiros sob o direito devem examinar se uma norma contestada satisfaz, ou poderia satisfazer o acordo de todos os possíveis afetados" (HABERMAS, 1996, p. 103-104 apud BLOTTA, 2010, p. 306).

De acordo com Jürgen Habermas, "[...] são válidas aquelas normas às quais todos os possivelmente afetados puderem concordar como participantes em consensos racionais" (BLOTTA, 2010, p. 306).

O princípio da democracia para a teoria discursiva de Habermas tem a função de institucionalização de formas "[...] racionais da opinião e da vontade política, o princípio da democracia deve também estabelecer os procedimentos da produção legítima da normatividade jurídica" (BLOTTA, 2010, p. 307).

Para que seja efetivo o processo de construção democrática do direito, há o pressuposto da participação igualitária, uma vez que esse processo comunicativo é condição para sua validade. A respeito das condições para a validade do direito, Habermas afirma que são:

> [...] pressupostos comunicativos na forma de direitos individuais; a outra função seria a de orientar a produção do próprio direito como mediador desse processo de produção normativa. "Isso significa que esse princípio teria também a função de estabelecer nos membros de uma comunidade legal as condições até mesmo linguísticas para que eles se sintam racionalmente convencidos a regular seus comportamentos por meio do direito positivo" (HABERMAS, 1996, p.110-111apud BLOTTA, 2010, p. 307-308).

Ainda sobre as condições da validade das normas jurídicas a partir do processo comunicativo, Habermas entende que "[...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo de normatização discursiva" (HABERMAS, 1997, p.145 apud BLOTTA, 2010, p.308).

Nesse aspecto, os movimentos sociais assumem o paradigma procedimental do direito em sua prática, incorporando o *médium* linguístico do direito como instrumento de suas reivindicações. É possível perceber na prática da ação dos movimentos sociais atuação política como: "[...] uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas condições da gênese do direito legítimo" (HABERMAS, 2003, p.185).

Esta prática política de atuação encerra na gênese de suas reivindicações, mesmo quando não explícita, a construção de uma democracia que extrapola a representação, aproximando-se da democracia direta indo na direção do:

> [...] núcleo do paradigma procedimentalista do direito, pois a "combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e não institucionalizada" são a chave para entender a gênese democrática do direito. O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicativos e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. (HABERMAS, 2003, p.186).

A raiz democrática dos movimentos sociais está na apropriação de reivindicações de luta em torno de carências específicas comuns e de um senso de liberdade que lhes permite a auto-organização e a eliminação de interlocutores que sejam estranhos a esse processo. Nesse ponto, a questão central está no exercício dos direitos, abandonando a condição passiva da espera e apropriando-se de um discurso que possibilite se reconhecer como detentores de direitos subjetivos e, mesmo, na condição de sujeitos legitimadores da própria ordem jurídica.

Voltando à questão pedagógica que encerra o acesso à justiça, a experiência fática permite visualizar as dificuldades em trazer para a vida das pessoas, o que é determinado normativamente. É o caso, de ações de Usucapião Especial Urbano na cidade de São Paulo, uma realidade social complexa na qual devem ser encontrados os pressupostos legais, que possibilitem à população (parte processual) o direito de regularização de sua posse. Ela é complexa, porque em uma situação de carência extrema, o pressuposto básico para entender o próprio direito já se constitui em elemento desafiador.

A exigência de levar o direito à realidade das pessoas aponta para grandes desafios porque significa conduzir aos autos os demais pressupostos que comprovem o direito como lapso temporal, realizar a delimitação das áreas ocupadas e, mesmo, identificar recursos financeiros para contratação de assessoria técnica para a avaliação das condições físicas e de segurança do imóvel objeto da ação de usucapião.

O acesso à justiça é um instrumento essencial na disputa ideológica e deve ser considerado em seu duplo sentido: o de acesso aos tribunais, como é caso de facilitar o acesso àqueles que demonstram hipossuficiência econômica e, no sentido pedagógico, pois ninguém pleiteia um direito do qual desconhece a existência.

A dimensão pedagógica do acesso à justiça utiliza como instrumento, não somente as já conhecidas e importantes "cartilhas", que fazem chegar às pessoas conhecimentos

jurídicos básicos, mas também recorre à chamada Advocacia Popular, constituída por profissionais que exercem sua atividade nos movimentos populares e entidades de defesa de direitos humanos.

Nessa realidade, não basta ao operador do direito restringir sua função ao pleito nos tribunais, mas sua função se amplia e passa a ter a função de educador. O aspecto pedagógico está relacionado à socialização do conhecimento e tem por objetivo assistir aos indivíduos com as ferramentas apropriadas para que possam reconhecer as relações jurídicas e a lógica sistêmica do direito que permeia seu cotidiano. Uma experiência exemplar desse tipo de ação pedagógica é o já disseminado curso de formação de promotoras legais populares[3].

Esse aspecto pedagógico reforça a importância da real percepção pela população da realidade em que vivem e de sua posição de detentores de direitos que vinculam o Estado a uma contraprestação positiva.

As constatações expostas ao longo do texto são frutos da observação direta do pesquisador e demonstram a importância da organização da população e da pauta de reivindicações dos movimentos populares do centro da cidade de São Paulo, que vai além da conquista material de suas demandas e presta validade ao próprio sistema jurídico. Dentre as reivindicações, destacam-se a universalização do acesso à moradia, mas também o direito à democratização na ocupação da cidade, aspectos que se confrontam com a política de "limpeza urbana" adotada pelo Poder Executivo da cidade e do estado de São Paulo em anos recentes.

Esse tipo de ação repressiva constitui-se na retirada de moradores de favelas situadas em regiões nobres da cidade, relegando-os à periferia da cidade. Por consequência, áreas valorizadas da cidade e beneficiadas por investimentos públicos ficam à mercê dos interesses particulares servindo à especulação imobiliária.

---

[3] O projeto "Promotoras Legais Populares" é um trabalho conjunto do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP), da União de Mulheres de São Paulo e do Movimento do Ministério Público Democrático para desenvolver a cidadania e a igualdade de direitos. A base do trabalho é a realização de cursos com o objetivo de capacitar mulheres para prestar orientação, dar conselhos e promover a função instrumental do direito no dia a dia das mulheres. O nome "Promotoras Legais Populares" é usado por diferentes países e significa o trabalho de mulheres que trabalham a favor de segmentos populares com legitimidade e justiça, no combate diário à discriminação. Disponível em: http://www.promotoraslegaispopulares.org.br/). Acesso em: 22/02/2013.

Um exemplo emblemático foi a “operação urbana” realizada na região da Avenida Águas Espraiadas na Zona Sul da cidade de São Paulo, na qual os moradores de favelas da região foram retirados e “expulsos” para periferia distante. Agrava-se o fato de ocuparem áreas de preservação ambiental, como é o caso do grande número de moradores que, hoje, estão no bairro Parque Grajaú às margens da Represa Billings. Mariana Fix em “Parceiros da Exclusão” (2001) apresenta importante estudo sobre essa prática adotada pelo poder municipal.

Os movimentos sociais, inconformados com a exclusão nas oportunidades que a cidade proporciona lutam pela conquista de direitos incluída a participação na decisão dos recursos. Esse tipo de organização política é um espaço que privilegia a participação consciente de seus membros e denota a importância do papel pedagógico. Por outro lado, essa forma de organização tem como marca paradigmática a igualdade tanto para atingir os objetivos, como para construção de uma sociedade igualitária.

Assim, mais uma vez, a “práxis” dos movimentos populares se entrecruza com a teoria do discurso de Jürgen Habermas:

> [...] A ideia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana. Pois o aspecto distributivo da igualdade de status e de tratamento, garantido pelo direito, resulta do sentido universalista do direito, que deve garantir a liberdade e a integridade de cada um. Por isso, na sua respectiva comunidade jurídica, ninguém é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro. Pois a distribuição simétrica dos direitos resulta do reconhecimento de todos como membros livres e iguais. Esse aspecto do respeito igual alimenta a pretensão dos sujeitos a iguais direitos. O erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, e isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. No entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos “gozá-los” exercitando-os. Ao passo que a autodeterminação individual constitui-se através do exercício de direitos que se deduzem de normas produzidas legitimamente. Por isso, a distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia publica dos cidadãos, a ser exercitada em comum, na medida em que participam da prática de legislação.
> [...] Injustiça significa primariamente limitação da liberdade e atentado à dignidade humana. Ela pode, todavia, manifestar-se através de um prejuízo que priva os “oprimidos” e “submetidos” daquilo que os capacita exercer sua autonomia privada e pública: “A justiça não deveria referir-se somente a distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva. No quadro de tal concepção da justiça, a injustiça refere-se, em primeiro lugar, a duas formas inválidas de imposição; a opressão e a dominação. Se tais imposições incluem modelos distributivos, elas também incluem matérias

> que não seriam facilmente assimiladas à lógica distribuição, a saber, os procedimentos de decisão, a divisão do trabalho e a cultura (HABERMAS, 2003, p.159-160).

3. Acesso à justiça e a produção legislativa

É questão central na efetivação dos Direitos Econômicos e Sociais, a discussão das possibilidades e limitações do sistema jurídico em condicionar outros sistemas sociais como o político e econômico. A relevância desse ponto cresce à medida que diferentes movimentos sociais buscam cada vez mais o acesso à justiça e se apropriam dos instrumentais próprios do sistema jurídico no embate político com vistas à consecução de seus direitos.

A ampliação do conceito de acesso à justiça na perspectiva do acesso ao direito é evidenciada pela atuação dos movimentos sociais por meio de demandas, que visam à construção de marcos legais que disciplinem normas constitucionais, ou que expressamente incluam direitos no texto constitucional É uma ação que se alinha à produção do direito que tem em sua natureza a prerrogativa da sociedade em participar diretamente do debate dialético da configuração normativa nos caminhos hermenêuticos trilhados pelo Judiciário.

Nesse aspecto, destacam-se os casos da incorporação do direito à moradia ao texto constitucional em seu Art. 6° e Lei Federal nº 10.257/01. O Estatuto da Cidade é uma das melhores expressões da relação entre os movimentos sociais e o acesso à justiça, incorporando dispositivos extremamente importantes para a organização do espaço urbano, que foram pauta de reivindicações desses movimentos.

A relevância do Estatuto da Cidade pode ser vista a partir dos seguintes elementos:

1. Regularização fundiária por usucapião especial coletivo urbano. A abrangência da regularização fundiária afeta diretamente grande parte da população, principalmente pessoas que vivem em habitações precárias, isto é, mais de 1.2 milhões de moradores de favelas na cidade de São Paulo.

2. O princípio da democracia participativa pela exigência legal da participação da população no planejamento e na gestão democrática da cidade, conforme se depreende do Art. 2° inciso II, no qual é expressamente prevista a exigência da realização de audiências públicas quando da elaboração do Plano Diretor.

3. Já previsto na Constituição Federal e incorporado ao Estatuto da Cidade, o princípio da função social da propriedade é pressuposto do próprio instituto da propriedade

privada, que enseja mecanismos de condicionamento da propriedade ao planejamento urbano e inibição da especulação imobiliária.

Os movimentos sociais, nesse contexto, atuam diretamente na dialética da disputa do poder do Estado, que é intrínseco à natureza das normas jurídicas. É importante destacar que a norma jurídica pressupõe um processo de escolha e como tal, não está alheia à experiência axiológica. A norma é uma resposta entre tantas outras possíveis em um processo racional de orientação do Estado aos princípios que o norteiam (REALE, 1994).

Em síntese, normas são decisões, porque para que o fato seja positivado é necessário que o poder baseado em seus condicionamentos axiológicos, assim decida dentro do processo normativo. O Estado toma posição a partir das referências que se colocam como válidas para ele, por meio do processo normativo que confere legitimidade e concreção à norma positivada.

Tendo em vista que o processo normativo é palco de disputa de forças sociais com matizes axiológicos divergentes, as normas são o resultado desse processo dialético. É um caminho entre outros possíveis, pois uma exigência axiológica não implica em uma única via normativa.

Segundo Miguel Reale Júnior: "[...] a tomada de posição é inseparável de toda experiência axiológica, tanto no plano individual como no coletivo, como um ato decisório, resultante de um ato de preferência entre valores" (REALE, 1994, p. 557).

A decisão com todo seu conteúdo axiológico é a base do poder e este somente se verifica dentro do processo normativo, ou seja, é a correlação entre nexo normativo e poder que garante a concretude desse último.

Por último, as decisões são tomadas no processo normativo e tal processo é condicionado pelo contexto social à luz de motivações axiológicas. Nesse processo normativo é central a importância do "[...] poder no processo de formação de cada complexo de relações jurídicas, de opção e de ação consequente, marcando o surgimento da norma no quadro das múltiplas vias de possível e legítimo acesso ao mundo dos valores" (REALE, 1994, p. 558).

Como Poder e Direito são termos inseparáveis, é importante reforçar que na dialética da disputa dos grupos sociais é intrínseca a positivação do direito. As normas são resultado dessa disputa axiológica e a hermenêutica jurídica não pode ser dissociada da compreensão dos valores dos agentes envolvidos.

Como já foi mencionado, é importante no contexto do acesso à justiça, a percepção dos limites do sistema jurídico, em particular, os limites da atividade jurisdicional. Ao

Judiciário, quando provocado, cabe disciplinar políticas sociais, porém não é defeso ao Judiciário a criação de políticas sociais. Tais limites são definidos, institucionalmente, pela separação de poderes e, faticamente, pela especialização que norteia as atividades de cada um dos poderes.

O Judiciário quando avança além de suas prerrogativas e atua em matérias sobre as quais não possui condições técnicas (exclusivas de outros poderes) para tal atuação, ele incorre no ativismo judicial. Esse comportamento constitui-se em anomalia ao sistema de separação de poderes por mais bem-intencionada que seja a atuação do magistrado para a solução de um caso concreto. Os limites à sua atividade jurisdicional são os limites formais e materiais do ordenamento jurídico. Para os movimentos sociais é relevante o domínio dos limites da atuação judiciária, como instrumento de embate com vistas à consecução de direitos.

Os movimentos sociais devem atentar para aspectos que permeiam a busca do acesso à justiça, como a especialização jurídica; a criação de formas eficazes de comunicação com o Judiciário com meios que demonstrem toda a complexidade social e jurídica envolvida em suas demandas; a superação de preconceitos e o estabelecimento de uma hermenêutica que privilegie o coletivo em detrimento de uma hermenêutica privatista.

Para explicitar os traços convergentes da atuação fática dos movimentos populares e suas demandas e a teoria do discurso, vale utilizar a contribuição de Jürgen Habermas:

> [...] O paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a auto compreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa doutrinação, nem é totalitária. Pois, o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam de algum modo e à sua maneira da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para reexame da compreensão paradigmática do direito. (HABERMAS, 2003, p. 190).

Assim, os movimentos sociais têm como objetivo a satisfação de um direito, mas ampliam sua atuação na perspectiva política de participação nas decisões no âmbito da cidadania e produzem espaços da ação plena dos indivíduos, como indutores da facticidade e validade do próprio direito.

CAPÍTULO X – O DIREITO À MORADIA E OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO URBANO

1. Contexto social

É desnecessário voltar a destacar que a análise da efetividade dos Direitos Econômicos e Sociais necessite da referência a um contexto social específico, visto que a realidade concreta evidencia diferentes dinâmicas de negação desses direitos por agentes do Estado representado por seus poderes ou do setor privado. Essa realidade aponta também formas de como o direito se efetiva na perspectiva dos sujeitos de direitos e o impacto dessa efetividade em distintos aspectos da vida de tais sujeitos.

Vale lembrar, a natureza da interdependência, indivisibilidade e inter-relacionamento dos Direitos Humanos. É certo que a efetividade de um direito como a moradia tem impactos diretos na consecução de outros direitos sociais como direito à educação, à saúde, ao trabalho, à proteção da família especialmente dos segmentos mais vulneráveis da sociedade como crianças e idosos e, mesmo, nas garantias e liberdades civis. Nesse ponto, repousa uma grande dificuldade na determinação doutrinária do conteúdo dos Direitos Fundamentais e de seus limites.

Em outras palavras, a questão fundamental é como definir o suporte fático da norma de Direito Fundamental e seu âmbito de proteção, ou seja, a definição dos fatos ou atos previstos pela norma jurídica, cuja incidência redunda em determinadas consequências jurídicas.

A ocorrência concreta dos fatos que a norma de Direito Fundamental juridicizou (ou sua negação) tem consequências diretas no âmbito de proteção de outros Direitos Fundamentais que ensejam a análise das fundamentações das restrições desses direitos.

O que se depreende da práxis é que a incidência concreta do cometimento normativo tem reflexos em outros Direitos Fundamentais, não somente de forma negativa, como nos casos de conflitos e choques entre direitos, mas também tem consequências positivas na efetividade de outras normas que acolhem Direitos Fundamentais de natureza divergente.

Apesar dos distintos gêneros de Direitos Fundamentais possuírem construções doutrinárias próprias, com âmbitos de proteção singulares, os bens da vida tutelados são interdependentes em função de sua própria natureza e da forma de como vão sendo

concebidos na evolução das relações humanas e são pré-existentes à sua positivação. Como bem define Norberto Bobbio, “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem” (BOBBIO, 2004, p.51).

A determinação do suporte fático dos Direitos Fundamentais não é uma tarefa simples, tomando por base que o direito à moradia é um direito natural, que reflete questões relacionadas à própria sobrevivência do indivíduo. Sua existência como direito não depende de sua positivação expressa, mas deflui dos princípios que norteiam a Constituição brasileira.

Não obstante, o direito à moradia se notabiliza como um complexo de direitos de característica prestacional e, em sua perspectiva jurídico-subjetiva, é um direito individual de defesa que, no mesmo sentido dos demais Direitos Fundamentais, se manifestam em três diferentes categorias: “a) direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; b) direitos a não afetação de propriedades e situações do titular do direito; c) direitos à não eliminação de posições jurídicas” (SARLET, 2008, p.280).

Para melhor interpretação da interdependência entre os Direitos Econômicos e Sociais e, particularmente, o direito à moradia é imprescindível analisar a realidade histórica do cotidiano das grandes cidades.

O direito à moradia se insere em um contexto, cujo acesso à moradia vai além da disponibilidade da habitação e se enquadra no conceito de “moradia adequada”, que pressupõe boas condições físicas do imóvel, adequação da moradia à ordem jurídica dando ensejo à segurança jurídica da posse e inserção da moradia no planejamento urbano da cidade. Esses pressupostos indicam que a moradia deve fazer parte do planejamento urbano com a disponibilização do acesso aos moradores da fruição dos equipamentos e serviços públicos.

No conceito de moradia adequada é basilar a localização física da moradia com infraestrutura de serviços públicos e em áreas com maior concentração de postos de trabalho. A preocupação é para evitar áreas que sofrem a segregação socioterritorial, isto é, pessoas totalmente excluídas dos benefícios produzidos pela cidade.

Por sua vez, o conceito de moradia adequada não nasce de concepções teóricas, mas emerge das necessidades materiais e formais da grande maioria da população de grandes metrópoles, como São Paulo, onde mais de 50% das moradias são ocupações irregulares do território da cidade. São irregularidades, frutos da falta ou inadequação de políticas públicas de investimentos voltadas para a produção de moradia destinada à

população empobrecida; em relação ao aspecto urbanístico, as consequências são os déficits qualitativos e quantitativos na produção habitacional.

O déficit qualitativo ocorre quando as moradias localizam-se em assentamentos com falta de infraestrutura, adensamento excessivo, inadequação fundiária e moradias precárias (edilícias). O déficit qualitativo pode ser sanado com investimentos e implantação de serviços e equipamentos públicos, como escolas, hospitais, creches, saneamento básico, etc.

O déficit quantitativo caracteriza-se pela falta de moradia, sendo necessária a produção de novas unidades habitacionais, em função da demanda que tem origem em fatores, como: famílias que residem juntas por impossibilidades financeiras, comprometimento excessivo com aluguéis, moradias precárias nas quais não é possível a adequação devido a situações de risco da edificação ou localização e composição de novas famílias.

Tais habitações estão à margem da ordem jurídica de diferentes formas, como é exemplo a transmissão da propriedade que se dá preponderantemente pela ocupação do espaço urbano e não se coaduna com as formas de transmissão previstas pelo sistema normativo.

As consequências dessa informalidade na ocupação do território da cidade é a insegurança jurídica na posse dos moradores e a exposição a desocupações forçadas. Nessa situação, a regularização fundiária torna-se um dos instrumentos mais relevantes para a efetividade do direito à moradia, e enquadra-se na função defensiva dos Direitos Fundamentais.

A regularização fundiária tem como princípio adequar juridicamente a posse da terra ao sistema normativo e, também, promover melhorias na qualidade de vida dos moradores. A Lei nº 10.257 de 2001, o Estatuto da Cidade, acolhe dispositivos que dão diretrizes para a regulação fundiária urbana e, também, para a simplificação das legislações pertinentes ao uso e ocupação do solo urbano, considerando as condições socioeconômicas da população. O princípio norteador de tais diretrizes é claramente o princípio da função social da propriedade.

> Art.2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, considerados a situação socioeconômica da população e as normas ambientais. XV – simplificação da legislação de parcelamento,

> uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vista a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais (BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de junho de 2001).

Na cidade "ilegal"[4], as normas de regulamentação da ocupação do território urbano e das edilícias sucumbem perante à carência material dos moradores. No mesmo sentido, a informalidade atinge as relações intersubjetivas entre locadores e locatários nas habitações coletivas multifamiliares precárias, os denominados cortiços.

A realidade da "cidade ilegal" é desnudada por uma matéria publicada pelo jornal *Folha de S.Paulo* (4/06/2000, Caderno I, p.2), que trata da situação fundiária na cidade de São Paulo.

> [...] metade da população da cidade – um total de 5,5 milhões de pessoas – mora em habitações irregulares, a grande maioria sem qualquer título de propriedade. Entre esses moradores, pelo menos 2,8 milhões vivem sem infraestrutura urbana adequada, segundo admite a Secretaria Municipal de Habitação. A maioria desses 5,5 milhões de moradores pagou para viver nesses locais. São três os tipos de habitações irregulares na cidade: loteamentos ilegais, favelas e cortiços. O primeiro envolve uma população estimada de 3 milhões de pessoas, que compraram irregularmente nada menos do que 17% do território paulistano, o equivalente a 250 km quadrados. Em cerca de 26% dessa extensão urbana irregular (65 km quadrados), os serviços públicos não existem. Ficam sem infraestrutura básica 1,3 milhão de moradores de loteamentos ilegais na periferia da cidade de acordo com a mesma secretaria. Nos cortiços, que estão concentrados nos bairros centrais da cidade, moram hoje de forma irregular 600 mil pessoas, segundo a CDHU (Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano) do estado de São Paulo. Nas favelas vivem pelo menos 1,9 milhões de pessoas [...].

É fundamental uma análise dogmática e pragmática que vá além da visão teórica e se enverede pelo estudo de uma realidade histórica específica tendo em vista os objetivos deste trabalho, particularmente, para a determinação das formas de eficácia das normas de Direitos Fundamentais e a delimitação de seu suporte fático e âmbito de proteção.

Essa realidade é a das relações intersubjetivas dos moradores em habitações precárias no centro da cidade de São Paulo, nas quais se descortina um cotidiano pautado pela informalidade, violência, preconceito e inércia do poder público em efetivar os mais elementares dispositivos normativos, que têm a função de disciplinar aspectos essenciais dessa realidade.

---

[4] Trata-se de um eufemismo utilizado pelo pesquisador para denominar grandes parcelas do território da cidade, cuja ocupação ou edificação de prédios apresenta algum tipo de irregularidade, não se coadunando com legislações vigentes.

Nesse caso, é pertinente a utilização de dois trabalhos científicos do urbanista Luiz Tokuzi Kohara, que apesar de não serem trabalhos jurídicos, apresentam de forma pragmática a análise do impacto do direito à moradia na consecução de diferentes dimensões dos Direitos Fundamentais, servindo como base para uma fundamentação dogmática.

Na dissertação de mestrado, Kohara (1999) revela que a locação em cortiços é a mais cara locação de habitação na cidade de São Paulo, quando comparada ao valor da locação por metro quadrado e pelo fato da grande parte das famílias comprometerem mais de 50% da renda familiar com o aluguel em detrimento de outras necessidades.

Por meio de pesquisas qualitativas e tendo como objeto as condições de habitação dos moradores em cortiços na região central da cidade de São Paulo, o trabalho de Kohara demonstra a relevância da estabilidade na moradia e a segurança jurídica na posse, como fundamento para a conquista de outros Direitos Fundamentais pelos moradores.

Em outro trabalho, Kohara (2009) demonstra a relação entre as condições da moradia e o desempenho escolar de crianças moradoras em habitações precárias.

Além dos aspectos da interdependência dos Direitos Fundamentais, a conjuntura social apresentada nesses dois trabalhos, expõe a negação do direito à igualdade e do acesso à justiça a que os moradores estão sujeitos nessas habitações. Apesar da acolhida na ordem jurídica de vários instrumentos legais, que têm a função de disciplinar as relações intersubjetivas que permeiam a realidade dos moradores em cortiços, sua efetividade em algumas situações concretas é sublevada pelo Estado, inclusive pelo Poder Judiciário.

Fundamentado em pesquisa focando habitações coletivas multifamiliares – os históricos cortiços, situados na região central na cidade de São Paulo –, o trabalho de Kohara (1999) levantou os rendimentos obtidos pelos proprietários e sublocadores desse tipo de moradia e os comparou aos valores de aluguéis de imóveis do mercado formal. A pesquisa fez também um estudo socioeconômico das famílias, das condições físicas das habitações e do comprometimento da renda das famílias com o pagamento dos aluguéis.

2. Contexto da moradia para a população de baixa renda no centro da cidade de São Paulo

Conforme os censos do IBGE 1991 e 2000, a região central da cidade de São Paulo, durante as décadas de 1980 e 1990, apresentou uma redução acentuada da população residente, enquanto que a cidade cresceu rumo às periferias, refletindo no adensamento populacional dessa região. Essa situação apresentou como resultados a ampliação da segregação territorial e o agravamento dos problemas sociais e urbanos.

Atualmente, esse esvaziamento vem diminuindo de acordo com dados do Censo IBGE 2010, por conta do crescimento do mercado imobiliário, aumentando a disputa pelas áreas centrais. No entanto, o planejamento urbano da cidade, em relação ao incentivo e produção de habitações de interesse social destinadas às camadas empobrecidas da população, continua sendo incipiente para a região central, mantendo a dinâmica de crescimento das periferias.

A tabela 1 apresenta dados da dinâmica da ocupação da área central da cidade de São Paulo.

Tabela 1– Variação populacional dos distritos do Centro (1980/2000)

Distritos do Centro	1980	Taxa anual crescimento 1980/1991	1991	Taxa anual crescimento 1991/2000	2000	Taxa Var. pop. 1980/2000
Bela Vista	85.416	-1,56	71.825	-1,41	63 190	-26,0
Bom Retiro	47.588	-2,47	36.136	-3,35	26 598	-44,1
Cambuci	44.851	-1,72	37.069	-2,80	28 717	-36,0
Consolação	77.338	-1,35	66.590	-2,20	54 522	-29,5
Liberdade	82.472	-0,71	76.245	-2,29	61 875	-25,0
República	60.999	-0,49	57.797	-2,11	47 718	-21,8
Santa Cecília	94.542	-0,88	85.829	-2,06	71 179	-24,7
Sé	32.965	-1,74	27.186	-3,29	20 115	-39,0
Brás	38.630	-1,28	33.536	-3,14	25 158	-34,9
Pari	26.968	-2,12	21.299	-3,95	14 824	-45,0
Centro	526.170	-1,24	458.677	-2,24	373 914	-28,9

Fonte: IBGE/Censo 2010.

Enquanto o Centro e os distritos com infraestrutura consolidada perdiam população, aqueles localizados nas áreas mais distantes e as cidades-dormitórios da Região Metropolitana acumulavam índices de incremento populacional exorbitantes.

O distrito da Cidade Tiradentes, no qual o poder público produziu grandes conjuntos habitacionais, o índice de incremento populacional atingiu 2.116,1% e outros

distritos superaram esse índice em mais de 100%, enquanto toda a cidade havia crescido 22,9% (Tabela 2).

Nesse período, ocorre também o crescimento significativo de favelados. A cidade construída é abandonada, e os territórios "sem-cidade" são ocupados. Além disso, muitas áreas ocupadas estão localizadas em regiões de preservação ambiental (mananciais ou Mata Atlântica) ou, mais grave ainda, muitos assentamentos estão em áreas de risco.

Tabela 2 – Variação populacional de distritos da periferia (1980/2000)

Distritos da periferia	1980	Taxa anual crescimento 1980/1991	1991	Taxa anual crescimento 1991/2000	2000	Taxa Var. pop. 1980/2000
Cidade Tiradentes	8.603	24,55	96.281	7,89	190 657	2116,1
Anhanguera	5.350	7,95	12.408	13,38	38 427	618,3
José Bonifácio	24.049	14,21	103.712	0,36	107 082	345,3
Vila Andrade	22.584	5,93	42.576	6,28	73 649	226,1
Parelheiros	31.711	5,24	55.594	7,07	102 836	224,3
Iguatemi	32.595	5,67	59.820	6,08	101 780	212,3
Jaraguá	47.416	6,33	93.185	5,11	145 900	207,7
Grajaú	117.301	4,67	193.754	6,22	333 436	184,3
Jardim Ângela	107.580	4,70	178.373	3,63	245 805	128,5
Lajeado	69.418	4,51	112.807	3,80	157 773	127,3

Fonte: IBGE/Censo 2010.

As consequências dessa opção de expansão urbana, patrocinada pelo Estado, são cidades cada vez mais insustentáveis nos aspectos ambientais, de mobilidade e de gestão pública. O adensamento periférico eleva os custos das cidades e impõe uma crescente demanda por investimentos para a disponibilização de infraestrutura de equipamentos urbanos e, também, de serviços de transporte público, em função da necessidade de grandes deslocamentos dos moradores para seus locais de trabalho.

A constatação empírica é que os investimentos públicos não acompanham as necessidades da população e o crescimento periférico impõe a uma grande parcela da população, a opção de morar longe dos benefícios produzidos pela cidade, como hospitais, escolas, creches. Em muitas situações, a opção pelo crescimento periférico do planejamento urbano impõe, à população empobrecida, alternativas de moradia em áreas de risco, próximas a córregos, rios, encostas e de mananciais, segregando-a.

Em sentido inverso, a região central da cidade de São Paulo tem como característica a disponibilidade de serviços públicos e infraestrutura, razão pela qual os trabalhadores de baixa renda historicamente priorizam morar nos bairros centrais, onde encontram maior oferta de trabalho.

Morar no centro da cidade representa uma grande oportunidade de fruição dos serviços públicos, pela presença da população empobrecida, que busca nessa área moradia próxima ao local de trabalho para a redução dos custos em transporte e do tempo de deslocamento.

Aliado ao fato de que a moradia é um bem extremamente caro, que sucumbe aos interesses do mercado imobiliário, todos os elementos até aqui relatados são fatores que fizeram com que os cortiços se tornassem alternativa de moradia. Eles se transformaram, ao mesmo tempo, fonte de receitas para proprietários e sublocadores, apesar da sua precariedade física, violência, preconceito a que os moradores são submetidos, e do alto custo relativo dos aluguéis, quando comparados ao mercado formal.

Os cortiços são habitações coletivas multifamiliares precárias e apresentam diferentes condições de agitabilidade e formas de relação locatícia, porém é possível identificar elementos característicos, "como a superlotação, o uso em comum de instalações sanitárias, a falta de privacidade, as várias funções exercidas em um mesmo cômodo e a exploração nos aluguéis" (KOHARA, 1999, p. 48).

A lei municipal nº 10.928, de oito de janeiro de 1991, assim definiu os cortiços na cidade de São Paulo:

> Art. 1º - Define-se cortiço como a unidade usada como moradia coletiva multifamiliar, apresentando, total ou parcialmente, as seguintes características:
> a) constituída por uma ou mais edificações construídas em lote urbano;
> b) subdividida em vários cômodos alugados, subalugados ou cedidos a qualquer título;
> c) várias funções exercidas no mesmo cômodo;
> d) acesso e uso comum dos espaços não edificados e instalações sanitárias;
> e) circulação e infraestrutura, no geral precárias;
> f) superlotação de pessoas.

Esse tipo de habitação é fruto direto da valorização e especulação imobiliária e dos baixos salários dos trabalhadores, forçando-os a procurar alternativas de habitação adequadas às suas condições financeiras. "Os cortiços são a mais antiga alternativa habitacional para a população de baixa renda da cidade de São Paulo, e como no final do sec. XIX até os dias atuais apresentam péssimas condições de habitabilidade" (CARICARI; KOHARA, 2006, p. 21).

Um dos elementos que caracterizam os cortiços é a presença de sublocadores que exploram esse tipo de habitação, reconhecidos pelos moradores como "intermediários".

Esses agentes têm na exploração da sublocação dos imóveis uma fonte de rendimentos, existindo situações de intermediários que sublocam vários imóveis. É frequente a utilização de violência e intimidação na cobrança dos aluguéis dos moradores pelos intermediários, havendo relatos de situações de expulsão do morador do cortiço, pela falta de pagamento dos aluguéis, lançando seus pertences nas ruas, sem qualquer tipo de recurso ao Poder Judiciário.

> Nos cortiços paga-se muito caro para viver em situação de total precariedade. Esta situação perdura há mais de um século na cidade de São Paulo, possibilitando ganhos exorbitantes aos seus exploradores e prejuízos incalculáveis ao desenvolvimento social das famílias que neles habitam (CARICARI; KOHARA, 2006, p. 11).

Os cortiços são uma realidade desconhecida dos órgãos públicos e da sociedade em geral, pois se escondem atrás de portões de antigas edificações, nos "quintais" com várias habitações e mesmo em apartamentos transformados em habitações multifamiliares. Ao contrário, as favelas são fenômenos sociais visíveis na paisagem das grandes cidades e como feridas expõem as grandes desigualdades que caracterizam o desenvolvimento do Estado brasileiro.

Uma das propriedades mais aviltantes da relação de exploração dos moradores nos cortiços é que apesar do alto valor dos aluguéis pagos, são edificações extremamente precárias e muitas com sérios riscos à integridade física dos moradores, apresentando ambientes insalubres, com infiltrações de água, presença de insetos e ratos e o uso coletivo de instalações sanitárias. Como bem salienta Kohara:

> [...] imóveis encortiçados, em geral, são construções antigas e deterioradas, torná-los cortiço é a alternativa menos dispendiosa, pois para isso não são necessárias grandes reformas e todos os espaços existentes podem ser aproveitados para locação (KOHARA, 1999, p. 54).

É uma das alternativas habitacionais para a população de baixa renda mais onerosas. Comprova-se a veracidade dessa afirmação na comparação do valor por metro quadro do aluguel de uma unidade habitacional em um cortiço (este valor é obtido com divisão do valor mensal do aluguel pela metragem da unidade habitacional), com o valor médio do aluguel por metro quadrado de uma unidade habitacional do mercado formal, situada também na região central da cidade de São Paulo. O valor do metro quadrado do aluguel de um cortiço é "78,0% superior em relação às casas térreas, 41,0% superior comparando com os apartamentos e 30,4% superior ao preço das sobrelojas e salas comerciais". (KOHARA, 1999, p.142). As moradias em cortiços têm em média 11,9 m2 de área útil.

É evidente que os aluguéis aviltantes implicam no comprometimento de grande parte da renda dos moradores em cortiços. A pesquisa de Kohara (1999, p.138) revelou que 75,6% dos moradores dos cortiços tinham rendimentos, na época da pesquisa, de cinco salários-mínimos, e o comprometimento da renda com o pagamento dos aluguéis apresentavam os seguintes índices; 30% da renda familiar para 31% dos moradores pesquisados, 31% a 60% da renda familiar para 45,6% dos moradores e 60% da renda familiar para 23% dos moradores.

3. Os moradores de cortiços e o acesso à justiça

No ordenamento jurídico, são previstos diversos dispositivos legais que, de forma direta ou indireta, tratam das questões relacionados às habitações coletivas precárias, como já fora evidenciado, mas é certo que a aplicação destes dispositivos legais não resolve totalmente o problema, o que demanda ações materiais do Poder Executivo.

Entretanto, quando os dispositivos legais já acolhidos no sistema normativo são efetivados, há possibilidades de atingir vários objetivos, como humanizar as relações intersubjetivas entre os diversos atores envolvidos; disciplinar as condições físicas dos imóveis oferecidos como habitações coletivas; formalizar as relações contratuais das locações; reconhecer a condição de legítimos sublocatários dos moradores e estabelecer limites aos ganhos com a locação de proprietários e sublocadores.

Neste trabalho, já foi abordado anteriormente, o acesso à justiça, como elemento essencial à efetividade do direito à moradia. Adotou-se a definição de que o acesso à justiça vai além do conceito formal de acesso ao Judiciário, que significa efetivamente um grande desafio a parcelas da população que não possuem recursos para pagar honorários de um advogado ou custos processuais. Na realidade, implica também no acesso ao direito, pois além da dificuldade em proteger seus direitos, os moradores de cortiços em muitas situações os desconhecem seus direitos de cidadãos.

Como acesso ao direito, entende-se, também, a ação organizada da população empobrecida por intermédio dos movimentos sociais, como instrumento do embate político, para o acolhimento na ordem jurídica, de dispositivos normativos que viabilizem a efetividade dos Direitos Fundamentais.

A explanação pragmática da conjuntura em que vivem os moradores em cortiços até aqui apresentada, corrobora cabalmente com o entendimento da complexidade social na qual o direito à moradia está inserido. O debate sobre a situação vivida pelos moradores vai

além da discussão dogmática relativa à possível efetividade desse Direito Fundamental, por meio da ação do Poder Judiciário pautado no direito subjetivo à moradia, no sentido de exigir do Estado uma prestação material fática. Essa argumentação invariavelmente mostra-se derrotável frente ao alegado limite orçamentário do Estado e sua limitada capacidade prestacional, argumentos sustentados por teorias relativas à separação entre os poderes do Estado e na chamada "Reserva do Possível".

A definição do conteúdo do direito à moradia está diretamente relacionada ao da dignidade humana, que pressupõe que a moradia deva atender às condições para uma vida saudável, ou seja, deve atender a critérios mínimos de qualidade de vida.

Na omissão de nossa Constituição, o direito internacional, por meio da Comissão da Organização das Nações Unidas para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, definiu os critérios básicos para a consecução do direito à moradia, como já foi salientado no conceito de moradia adequada, a saber:

> a) Segurança jurídica para a posse, independente de sua natureza e origem.
> b) Disponibilidade de infraestrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.).
> c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.
> d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.
> e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.
> f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços essenciais.
> g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população (SARLET, 2009-2010, p. 19).

É um conjunto de disposições que, ao se confrontar com a realidade, demonstra que as habitações coletivas multifamiliares coletivas estão totalmente à margem do ordenamento jurídico, em relação aos mais elementares dispositivos normativos. Essa condição de "ilegalidade" das habitações coletivas multifamilares se expressa na negação ao acesso à justiça e ao direito e se introduz no cotidiano dos moradores nessas habitações precárias, como são exemplos, as normas que disciplinam as relações contratuais entre locadores e locatários.

São cenários que fazem parte da vida dos moradores de cortiços, porém é importante destacar que é plenamente possível a ação do Poder Judiciário no sentido de efetivar a proteção do Direito Fundamental à moradia a título ilustrativo, no sentido de

reconhecer uma relação contratual de fato entre locadores e locatários, sem que com isso o magistrado exceda suas atribuições.

A dificuldade do acesso à justiça dos moradores em habitações precárias cresce na medida em que falta ao Poder Judiciário, estrutura e especialização para solução de problemas de despejos forçados coletivos, que representam um grande impacto social. Esta situação perdura muito em função de uma cultura contratualista e privatista na solução de conflitos e nas relações contratuais entre locadores e locatários, não se atentando para a dimensão social do conflito *sob judice*, como relata Saule Jr.

> O Poder Judiciário brasileiro não contém em sua estrutura organizacional, esferas judiciais que tenham a capacidade e a eficiência para lidar com os conflitos coletivos e ambientais urbanos que resultam em situações de despejos forçados.
> Na justiça de primeira instância, os casos que resultam em despejos forçados são julgados, na maioria das vezes, numa vara de assuntos cíveis onde o juiz lida basicamente com interesses individuais como casos de família (casamentos, inventários), e de cumprimento ou não de obrigações entre particulares. Essa situação também se verifica nos Tribunais dos Estados que são responsáveis por julgar, ao mesmo tempo, os conflitos ambientais urbanos resultados da remoção de mil famílias de um loteamento que foi declarado ilegal e um conflito sobre divisão de bens de um casal de classe média, por exemplo (SAULE JR.; RODRIGUEZ, [2005?], p. 99).

A relação locatícia dos moradores nos cortiços, em muitos casos, não se dá diretamente com o proprietário, mas com um terceiro, o locatário reconhecido pelos moradores como intermediário; com o objetivo de auferir lucros, esse locatário geralmente subloca os cômodos. Em alguns casos, a sublocação se dá sem autorização formal do proprietário e, em não raras situações, com o intuito de facilitar uma futura ação de despejo por falta de pagamento, os proprietários celebram contratos com o intermediário com a previsão expressa de proibição de sublocação. O objetivo de tal ação é escamotear uma realidade, que é de conhecimento do proprietário, de que o imóvel, em função da sua própria precariedade física, presta-se exclusivamente à sublocação, como habitação coletiva multifamiliar. Essa “proibição” da sublocação chega ao conhecimento dos sublocatários somente no dia em que são surpreendidos por uma notificação de despejo, na qual o proprietário alega que o intermediário (sublocador) não honrou o pagamento dos aluguéis.

Como já foi aventado, apesar de os moradores terem cumprido com os pagamentos dos aluguéis são intimados a desocupar o imóvel, como bem salienta Saule Jr.

> Esta condição resultou em diversas lesões e prejuízos aos direitos fundamentais, especialmente o direito à moradia dos moradores de cortiços, face às decisões judiciais nas ações de despejo por falta de pagamento ou de reintegração de posse determinando a remoção dos moradores, em razão de atos ilícitos ou ilegais praticados de fato pelo locatário (intermediário) como o de não efetuar o pagamento do aluguel para o proprietário (locador), apesar de receber mensalmente os valores dos aluguéis dos moradores do cortiço (SAULE JR.; RODRIGUEZ, [2005?] p. 144).

A violência do despejo desestrutura social e financeiramente os moradores, que da noite para o dia deverão reconstruir suas vidas em outro local. Lembrando ainda, que a moradia vai além do aspecto físico, pois se define também pelas relações que os moradores constroem ao seu redor, com vizinhos, colegas de trabalho, funcionários e pais de escola e creche, por exemplo.

Nessa situação, a "ficção" do contrato formal que proíbe a sublocação se sobrepõe à relação de fato. Os moradores – além das condições degradantes do imóvel que servia de moradia e a exploração dos valores dos aluguéis, em algumas situações – não são reconhecidos pelo Judiciário como legítimos sublocatários, mas como ocupantes. Nessa conjuntura, os moradores são prejudicados no direito de participar como parte processual.

Conforme já foi falado, a surpresa advém do fato de que invariavelmente nessas ocorrências, os moradores são adimplentes em relação aos aluguéis e despesas pertinentes junto ao intermediário. A fragilidade da relação jurídica entre os moradores e intermediário e a inexistência de relação, nos casos de sublocação, com o proprietário do imóvel impactam diretamente no direito à moradia dos sublocatários.

Nesse cenário, o suporte fático do direito à moradia e seu âmbito de proteção não estão em uma prestação material do Estado, mas na dimensão de proteção do Direito Fundamental, contra ações agressivas de terceiros. Na realidade dos cortiços, proteger o direito à moradia implica em obstar ações ilícitas de apropriação de recursos de pessoas extremamente pobres, fraude contratual e exposição da coletividade a condições degradantes de habitação.

A própria configuração centenária da exploração dos cortiços, se constitui em forma de exploração ilegal dos moradores, tendo em vista os aspectos físicos dos imóveis e valores dos aluguéis. A informalidade das sublocações nos cortiços expõe os moradores à total insegurança jurídica na posse de sua moradia contra despejos forçados. Ela está pautada pela fragilidade da relação jurídica entre sublocador e sublocatários, que não garante aos moradores que o pagamento de seus aluguéis viabilize sua permanência no imóvel.

A qualquer momento, esses moradores podem ter seu direito à moradia sucumbido em função da ação ilegal de um terceiro, que os explorava por meio de aluguéis abusivos.

O direito à moradia como bem jurídico fundamental dos moradores em sua dimensão de proteção, é tolhido, portanto, por uma situação de fato estabelecida nas relações intersubjetivas nos cortiços na cidade de São Paulo.

Não obstante, é importante não esquecer que os Direitos Fundamentais em sua dimensão de proteção e, particularmente, em relação ao direito à moradia, impõem obrigações ao Estado como avalia Ingo Wolgang Sarlet.

> [...] assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida violadora do direito à moradia é passível de ser impugnada em Juízo, seja na esfera do controle difuso e incidental, seja por meio do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou mesmo por intermédio dos instrumentos processuais específicos pela ordem jurídica (SARLET, 2009-2010, p. 29).

A realidade aponta no sentido inverso da proteção do Direito Fundamental, apesar de textos legais, como a lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991, tratar das locações de imóveis urbanos e acolher expressamente dispositivos que disciplinam as relações entre as partes envolvidas nos cortiços.

É o caso do Art. 2º. da lei 8.245/91 que reconhece a relação jurídica dos moradores de cortiços como locatários ou sublocatários e garante a defesa de seus direitos, atribuindo efeitos jurídicos à relação fática informal dos sublocatários.

> Art.2º. Havendo mais de um locador ou mais de um locatário, entende-se que são solidários e o contrário não se estipulou.
> Parágrafo único. Os ocupantes de habitações coletivas multifamiliares presumem-se locatários ou sublocatários (BRASIL. Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991).

Como assinala Diniz (2006, p. 46), o parágrafo único do Art. 2º da Lei de Locação de Imóveis Urbanos Comentada inverte o ônus da prova, pois cabe ao locador provar a não existência da relação locatícia. No entanto, a emérita jurista alerta que esta não é uma presunção *júris et de jure.* Não se trata de uma presunção incontestável da existência da relação jurídica entre locadores ou sublocadores e locatários ou sublocatários, porque a lei mantém o objetivo de proteger aqueles moradores em situação de vulnerabilidade.

Dentre os direitos dos sublocatários previstos no texto legal, está o de exigir do proprietário as reformas necessárias para a recuperação física do imóvel, com o depósito judicial dos aluguéis, que somente poderá ser levantado pelo locador, quando a obrigação da recuperação do imóvel seja efetivada. Para que os moradores utilizem tal prerrogativa, é

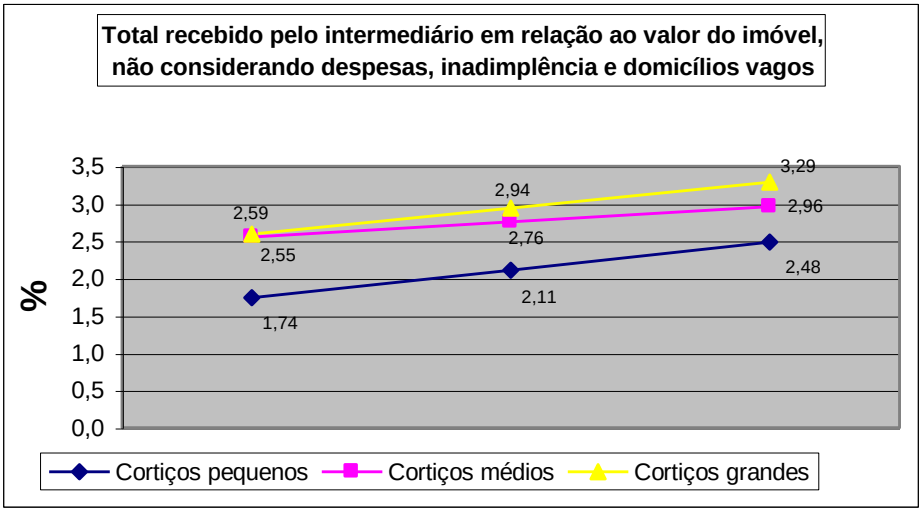
necessário que o poder público municipal, que possui competência para fiscalizar as condições dos imóveis urbanos, reconheça a precariedade do imóvel.

A lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991 também acolheu a proteção dos moradores contra aluguéis abusivos cobrados pelos intermediários na sublocação, imputando um limite aos valores dos aluguéis. A somatória de todas as parcelas pagas pelos moradores não poderá ser o dobro do valor pago pelo intermediário na locação. Quando ocorrer uma situação em que haja a quebra do estabelecido no texto legal, os moradores poderão reduzir os valores pagos na sublocação até o limite legal.

> Art.21. O aluguel da sublocação não poderá exceder o da locação; nas habitações coletivas multifamiliares, a soma dos alugueis não poderá ser superior ao dobro do valor da locação.
> Parágrafo único. O descumprimento deste artigo autoriza o sublocatário a reduzir o aluguel até os limites nele estabelecidos (BRASIL. Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991).

O objetivo dos dispositivos é dificultar a sublocação e evitar a exploração, mas de fato o texto legal não foi capaz, ainda, de disciplinar essa realidade, como demonstraram os dados da pesquisa sobre os rendimentos nas habitações coletivas multifamiliares.

O gráfico apresenta a evolução dos valores pagos nos cortiços em relação ao valor do imóvel.



Fonte: Kohara (1999, p. 148).

Enquanto no mercado formal de locação o valor do aluguel habitacional mensal varia próximo de 0,8% do valor do imóvel, a somatória dos valores pagos mensalmente pelos moradores de cortiços aos intermediários chegava até a 3,29% do valor do imóvel. Agravando ainda mais esta relação, há o crescimento dos valores dos aluguéis conforme a

maior precariedade dessas habitações. Quanto maior o número de pessoas que residem em um cortiço, maior é a precariedade, no gráfico, vê-se que os cortiços maiores são aqueles com maior percentual de rendimento ao explorador. A maioria dos intermediários arrecadava dos moradores dos cortiços três a quatro vezes o valor que pagavam na locação do imóvel ao proprietário, desrespeitando totalmente o previsto no artigo 21, da lei 8245/91.

Um levantamento elaborado pelo departamento jurídico do Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, entidade que trabalha há mais de 20 anos na defesa de moradores de cortiços e favelas no centro da cidade de São Paulo, principalmente em ações coletivas, demonstra as condições de fragilidade jurídica nas quais esses moradores estão expostos.

Trata-se de uma pesquisa dos registros do departamento jurídico da entidade, dos processos coletivos em que atuou na defesa de moradores de cortiços e favelas em ações de despejo e reintegração de posse. Os processos concentram-se em imóveis situados na região central da cidade de São Paulo abrangendo bairros como; Sé, Bela Vista, Belém, Mooca, Bom Retiro, Brás, Canindé, Consolação, Liberdade, Luz, Pari, Ponte Pequena, Santa Cecília e Sé.

Os processos pesquisados abrangem o período dos anos de 1990 a 2010, com atendimento de 4.092 famílias em 204 imóveis. Nos processos de despejos por falta de pagamento, o levantamento apresenta que 85% das famílias atendidas receberam as notificações de despejos apesar de estarem pagando seus aluguéis à época das notificações (CGGDH, 2011).

Do universo de moradores, 8% pagavam seus aluguéis diretamente ao proprietário do imóvel; 75% ao intermediário e 17% dos moradores pagavam a terceiros ou eram depósitos judiciais.

Apesar de ser um levantamento restrito, a assistência jurídica proporcionada pelos advogados do Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, comprova que os progressos da legislação ordinária quando não efetivamente aplicados, mantém os moradores em cortiços expostos a relações jurídicas, que estão longe de resguardar seus direitos.

Nada garante ao morador contra a ação ilícita dos intermediários e de proprietários, cujo ônus recai diretamente sobre esses moradores e mesmo o avanço do reconhecimento tácito da relação contratual entre encortiçados e intermediários não é suficiente para inibir essa ação.

Nessa situação, o acesso ao direito constitui-se em importante meio para efetivação da norma positivada. A apropriação cognitiva do direito positivo capacita os moradores a

utilizar os dispositivos legais pertinentes, em pleitos dirigidos aos poderes Executivo e Judiciário com vistas à consecução de uma relação jurídica equitativa com os sublocadores e locadores dos imóveis.

Uma atividade muito importante que possibilita os meios para o acesso à justiça e ao direito é o que se convencionou denominar de Advocacia Popular, que se notabiliza como o segmento organizado da advocacia brasileira que se dedica ao apoio jurídico a movimentos sociais e a defesa de causas populares, [...] conjugando deliberadamente estratégias jurídicas e políticas, trabalhando com causas coletivas e atuando não apenas defensivamente, mas também na busca pela expansão de direitos" (SÁ; SILVA, 2011 apud RODRIGUEZ et al, 2011, p.3).

A atuação de departamentos jurídicos de organizações não governamentais e de outros atores sociais, como, a Defensoria Pública, movimentos sociais, grupos religiosos e sindicatos para a capacitação da população com objetivo de promover sua auto-organização como sujeitos capazes de defender seus interesses, faculta que os moradores atuem de forma a atribuir eficácia e segurança jurídica em suas relações contratuais com sublocadores e proprietários.

Com esses apoios os moradores são incentivados a operar com o objetivo de celebrar os contratos de locação diretamente com o proprietário do imóvel, eliminando a figura do intermediário e, por consequência, atribuindo transparência e segurança na relação locatícia. Isso tem contribuído para a conquista de benefícios evidentes para os moradores, como a exigência legal de recuperação física dos imóveis e a redução dos valores das sublocações.

Outra questão que é digna de análise, é que a população moradora em cortiços não se constitui em um grupo uniforme de pessoas. Sem dúvida, em consequência de sua situação econômica, os moradores de cortiços se encontram em uma condição de extrema vulnerabilidade, agravada ainda mais, segundo Luiz Kohara, porque a população dos cortiços é constituída por 25,2% de crianças com idade até 14 anos e 7,3% por pessoas com idade acima de 56 anos (KOHARA, 1999, p. 88).

Esses dados demonstram que mais de 32% desta população demandam uma ação protetora especial do Estado determinada por sua própria condição, como preconiza a Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003 – O Estatuto do Idoso, que assim dispõe:

> Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL. Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003).

Nessa mesma direção, a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 – O Estatuto da Criança e do Adolescente aponta:

> Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

Apesar da natureza programática dos dispositivos normativos, a condição das crianças e dos idosos, principalmente nas ações de reintegração de posse e despejos dessa população (em poucas oportunidades são lembradas pelo Judiciário) é de total desproteção pela ausência de órgãos estatais competentes que garantam a integridade desses grupos.

Mais uma vez a dimensão de proteção do direito à moradia adquire importância, particularmente em relação à situação de maior vulnerabilidade a que estão expostas crianças e idosos. Se ao Judiciário não cabe determinar ao Executivo o planejamento da aplicação do Orçamento Público, com base em seu limite funcional, ao Judiciário cabe determinar que o Executivo cumpra a determinação legal de garantir a integridade física dos sujeitos em situação de maior vulnerabilidade, como bem preconiza Sarlet.

> [...] em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficacial e, consequentemente, sua efetividade. (SARLET, 2008, p.280).

4. Interdependência entre os Direitos Fundamentais

A definição do conteúdo essencial de um Direito Fundamental, isto é, daquilo que deve ser protegido ou objeto de prestações materiais pelo Estado, é determinado por meio de suas relações com os diversos aspectos relativos às restrições a esse direito. A partir dessa ideia não seria possível a definição *a priori* do conteúdo essencial de um Direito Fundamental, da determinação de um conteúdo absoluto, de um núcleo central que não sofra nenhuma influência do meio externo, como preconiza as teorias do conteúdo essencial absoluto (SILVA, 2010, p. 187).

Por sua vez, a teoria do conteúdo essencial relativo, defende que o que é estabelecido pelos Direitos Fundamentais depende de situações fáticas, ou seja, das relações e colisões com outros direitos. Segundo Virgílio Afonso da Silva, "o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso" (SILVA, 2010, p. 196).

A definição do suporte fático – hipóteses de incidência normativa que afetam o fato concreto no âmbito de proteção do direito – é definida em função das restrições do um Direito Fundamental em relação a outros Direitos Fundamentais.

A aplicação concreta da hipótese e consequências acolhidas no texto normativo é condicionada às relações da norma acolhedora de Direitos Fundamentais com outras normas fundamentais. Sendo assim, o suporte fático divide-se entre suporte fático abstrato e concreto, sendo que o primeiro é determinando pelas hipóteses previstas no texto normativo e o segundo na concretude do evento, na realidade nos fatos.

Se o Direito Fundamental é conformado em função das restrições definidas por suas relações com outros Direitos Fundamentais, é certo também que a efetividade do direito, no caso concreto, possui uma dinâmica "irradiadora" na concretude de outros Direitos Fundamentais, no mundo dos fatos.

Exemplo desta natureza "irradiadora" da efetivação dos Direitos Fundamentais é a relação entre o direito à moradia e o direito à educação com base na natureza concreta de cada um destes direitos.

A realidade demonstra no sentido contrário da restrição do conteúdo do Direito Fundamental, que a consecução ou negação do conteúdo essencial de um Direito Fundamental pode influir na consecução e efetivação de outros Direitos Fundamentais.

O direito à moradia está diretamente vinculado à dignidade humana e constitui-se em fundamento material mínimo para uma existência digna. Assim, a natureza do direito à moradia tem consequências diretas na efetivação de outros Direitos Fundamentais, como o direito à educação; reafirma-se que o direito à moradia adequada é base para a consecução de outros direitos, ao menos em parte, em função das condições materiais que o direito à moradia propicia.

Essa relação foi comprovada pelo estudo elaborado pelo urbanista Luiz Kohara, já citado neste trabalho, em sua tese de doutorado, defendida em 2009, na Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, com o tema "Relação entre as condições de moradia e o desempenho escolar das crianças que residem em cortiços".

O trabalho de Kohara (2009) revela que mesmo comparando com outras crianças de famílias com baixa renda, aquelas que residem em cortiços possuem chances três vezes maiores de serem reprovadas que as crianças que possuem melhores condições de moradia. Essa pesquisa demonstrou também, que a rotatividade habitacional, que é grande entre os moradores de cortiços, é um fator que contribui para o rebaixamento do desempenho escolar das crianças, que se agrava ainda mais com as várias formas de precariedade da moradia.

Pesquisando as crianças e adolescentes que haviam deixado as moradias de cortiços para empreendimentos habitacionais produzidas pela prefeitura ou pelo estado (Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano), Kohara observou avanços escolares significativos e com perspectivas de atingirem a universidade.

Como visto, o estudo de Kohara apresenta dimensões relacionadas à efetividade do direito à moradia, que apresentam impactos diretos na consecução do direito à educação e corroboram com a natureza essencial do Direito Fundamental.

A premissa de que o direito à moradia não se restringe ao direito a um teto, é verificado de forma pragmática no estudo de Kohara, que destaca a concretude do conceito de moradia adequada como expressão do conteúdo do direito. Assim, precariedade física das moradias e insegurança jurídica na posse são fatores determinantes que atuam negativamente no desempenho educacional das crianças. Em síntese, há um nexo causal entre qualidade, segurança jurídica da moradia e efetividade do Direito Fundamental à educação.

A dimensão de defesa e proteção do direito à moradia é a que se sobressai para a consecução do direito, como pode ser visto pelos instrumentos normativos positivados capazes de subverter a realidade de flagrante ilegalidade nos cortiços. É o caso da lei

8245/91, que disciplina as locações de imóveis urbanos, na qual o legislador reconheceu as condições de precariedade física das habitações coletivas multifamiliares e acolheu dispositivos para sua regularização, como preconiza seu Art. 24.

> Art. 24. Nos imóveis utilizados como habitação coletiva multifamiliar, os locatários ou sublocatários poderão depositar judicialmente o aluguel e encargos se a construção for considerada em condições precárias pelo Poder Público.
> 1º O levantamento dos depósitos somente será deferido com a comunicação, pela autoridade pública, da regularização do imóvel.
> 2º Os locatários ou sublocatários que deixarem o imóvel estarão desobrigados do aluguel durante a execução das obras necessárias à regularização.
> 3º Os depósitos efetuados em juízo pelos locatários e sublocatários poderão ser levantados, mediante ordem judicial, para realização das obras ou serviços necessários à regularização do imóvel (BRASIL. Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991).

5. O direito à moradia e a ocupação do espaço urbano

Neste trabalho, as análises das qualificadoras das normas jurídicas – validade, justiça e eficácia – e o paradigma democrático que legitima o direito positivo adquire importância à medida que se questiona a realidade fática na qual o Direito tem a função de disciplinar.

Os interesses de grupos econômicos que determinam historicamente a forma de ocupação do território urbano influenciam diretamente a construção legislativa, que se contrapõe à forma de ocupação real da cidade. As normas de uso e ocupação do solo urbano colocam a realidade à margem da legalidade. Assim, a ocupação do solo urbano não obedece ao preceito legal, mas responde às possibilidades materiais da maioria da população.

Sem dúvida, a análise formal das diferentes legislações, a partir de sua estrutura, deixa de lado uma realidade que a construção legislativa não pôde ou não quis alcançar.

Esta análise exclusivamente formal não esclarece que o direito não logrou êxito em exercer sua função de “oferecer instrumentos normativos ao Poder Público a fim que possa, com respeito ao princípio da legalidade, atuar no meio social e no domínio privado, para ordenar a realidade no interesse da coletividade” (SILVA, 2008, p.37).

A urbanista Raquel Rolnik, em sua obra “A Cidade e a Lei”, faz um primoroso estudo da legislação urbanística da cidade de São Paulo desde seus primórdios. Ela demonstra que as diversas legislações, com o objetivo de disciplinar o uso e ocupação do

espaço urbano, constituíram-se em instrumentos de fomentação da desigualdade e do privilégio de uma pequena parcela, porém influente, da população da cidade, na qual a atividade urbanística tornou-se factualmente um instrumento de “segregação territorial”.

Conforme José Afonso da Silva, a atividade urbanística consiste na intervenção do poder público com o objetivo de disciplinar o uso do espaço urbano. Tal atividade é exercida através do planejamento urbanístico, ou seja, definir tendo em conta os recursos disponíveis visando ao bem da coletividade.

Faz parte da atividade urbanística, a disciplina no uso e ocupação do solo urbano, que se utiliza de “instrumentos de intervenção urbanística”, que por sua vez, contemplam meios, como desapropriação de imóveis, instrumentos de tributação progressiva e outros meios de intervenção na propriedade privada que possibilitem a execução do planejamento urbano (SILVA, 2008).

Um terceiro instrumento que faz parte da atividade urbanística é a “ordenação da atividade edilícia”, ou seja, é previsto garantir que as edificações estejam coadunadas com o planejamento urbano, disciplinando os tipos de edificações, a área construída e a utilização do espaço.

Outro elemento importante da atividade urbanística é a “ordenação da urbanística das áreas de interesses social”, conforme aponta José Afonso da Silva. “[...] a preservação do meio ambiente natural e cultural, assegurando de um lado, condições de vida respirável e, de outro, a sobrevivência de legados históricos e a salvaguarda de belezas naturais” (SILVA, 2008, p. 32).

A ocupação do território da cidade de São Paulo evidencia a existência de territórios plenamente “legalizados”, ou seja, coadunados em sua organização e ocupação com a legislação urbanística pertinente. Em paralelo a esses territórios legais há a existência de uma área “três vezes maior” em que a ocupação se dá entre a legalidade e a ilegalidade (ROLNIK, 1997, p.181).

Essa dicotomia entre áreas regulares e irregulares na cidade de São Paulo reflete, de forma preponderante, porém não exclusiva, a separação entre estratos sociais em função do poder aquisitivo. De um lado, são áreas plenamente legalizadas com grande valor de mercado ocupadas por uma população com maior poder aquisitivo e, de outro, as periferias da cidade – até mesmo algumas regiões centrais – ocupadas por uma população empobrecida com suas moradias edificadas sob a égide de diferentes irregularidades.

Os exemplos de irregularidades são extensos, como bairros em áreas de mananciais; loteamentos irregulares ou clandestinos; moradias construídas de forma irregular e sem as

devidas autorizações; a inexistência de títulos de propriedade e tantas outras. Se for verdade que a ocupação do território urbano se dá em conformidade com os recursos financeiros da população, não é possível olvidar que tais condições materiais, de forma pragmática, definem diferentes significados da legitimidade da legislação urbanística para os diversos estamentos sociais da população da cidade de São Paulo.

De acordo com a análise do capitulo anterior, a legitimidade do texto normativo fundamenta-se no consenso entre governantes e governados e atribui a autoridade ao poder político. O consenso é possível quando há confluência entre as normas e os valores sociais. Em outras palavras, a legitimidade de uma norma está em sua capacidade de adaptação a uma realidade extremamente complexa.

A complexidade social é verificada nas informações estatísticas, já aludidas neste trabalho e demonstra a difícil tarefa de normatizar uma conjuntura em que a grande maioria das habitações da cidade de São Paulo não atende à ordem jurídica urbanística. Não se trata de analisar a situação particular de um pequeno grupo, mas de reconhecer a ineficácia da legislação urbanística para a grande maioria da população da cidade de São Paulo.

Essa precariedade da legislação, em relação à conjuntura fática, é mais evidente porque a situação de vulnerabilidade da população se acentua, particularmente, nas habitações subnormais, como as favelas e cortiços. A favela com sua peculiar organização espacial não se enquadra em uma legislação concebida para uma urbanização que não a reconhece. É o caso da lei nº 7.805 de 1972, a Lei de Zoneamento da Cidade de São Paulo, em vigor até o ano de 2004, quando foi promulgada a Lei nº 13.885 de 25 de agosto de 2004, que a substituiu. Essa lei de zoneamento dispõe sobre o parcelamento e uso e ocupação do solo na cidade de São Paulo, determinando as classificações dos diversos tipos de destinação do espaço urbano.

As categorias de uso do espaço urbano, previstas na lei de zoneamento, definem as dimensões das edificações para diferentes áreas criadas pela lei e detalha a demarcação de perímetros da cidade definindo zonas de ocupação na cidade.

A Lei nº 7.805 de 1972 foi concebida com oito zonas, mas ao longo de sua vigência, foram criadas novas zonas que se referiam a novos usos e ocupações na cidade por meio de várias emendas. Entretanto, as habitações subnormais, como as favelas, nunca foram contempladas pela mencionada legislação, porque o Estado não reconhecia a realidade fática dessas habitações, relegando-as à condição de irregularidade apesar do imenso contingente de pessoas obrigadas a recorrer a esse tipo de habitação.

Segundo definição de Raquel Rolnik, as favelas são uma “forma de apropriação do espaço urbano baseado unicamente no critério de utilização” (ROLNIK, 1997, p.182). Além das características de distribuição espacial das moradias, a ocupação não se fundamenta em títulos, ou seja, não está inserida nas formas tradicionais de transmissão da propriedade, estando à margem de qualquer regulamentação e registro público, que garantam a inserção destes assentamentos aos ditames da legislação positiva.

Ainda, conforme a análise de Raquel Rolnik, a precariedade da legalidade das favelas reforça a ideia de sua natureza provisória à espera da contingência de que um dia este tipo de assentamento não exista mais. Como resultado nefasto dessa visão ideológica, há políticas adotadas por diferentes administrações públicas, de reduzidos investimentos em infraestrutura e disponibilização de serviços públicos destinados a esta população vulnerável, ou seja, a mais necessitada. Essa realidade de parcos investimentos públicos constitui-se em um fragrante contraponto em relação aos expressivos recursos destinados à urbanização e à valorização da diminuta parcela legal do espaço urbano da cidade de São Paulo (ROLNIK, 1997, p.182), acentuando a desigualdade e exclusão dos moradores das favelas.

CAPÍTULO XI – ACESSO À JUSTIÇA – ESTUDO DE CASO DA FAVELA DA PISCINA

1. Histórico

A dimensão empírica da dogmática jurídica analisada, neste trabalho, tem como objetivo demonstrar a complexidade social da qual emergem os Direitos Econômicos e Sociais. Um direito como a moradia está inserido em um contexto de interações fáticas, cuja efetividade ou negação tem reflexos contundentes em outros Direitos Fundamentais. A definição do conteúdo essencial desses direitos e, por consequência, seu suporte fático e âmbito de proteção é uma tarefa que vai além da análise teórica e exige o mergulho nas complexas relações econômicas e sociais nas quais o direito fundamental está inserido.

Muito desta tratativa advém da constatação da essencialidade do conteúdo empírico do conceito de efetividade, que sem ele "o conceito de eficácia jurídica perde muito de seu valor" (SILVA, 2010, p. 187).

Ao reconhecer a variabilidade de ações e posições jurídicas incluídas no âmbito de proteção do Direito Fundamental, parece que a teoria do suporte fático amplo das hipóteses de incidência da norma e as consequências de sua efetivação constituem-se na teoria que melhor sustenta as formas de proteção e efetividade do direito.

Conforme Alexy, a teoria do suporte fático amplo "inclui no âmbito de proteção de cada princípio de Direito Fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção" (ALEXY, 2006, p. 322). Apesar do que possa em princípio indicar, a teoria do suporte fático amplo não estabelece um direito absoluto, pois o conteúdo do direito será definido por restrições, que deverão ser fundamentadas com base no texto constitucional. Não obstante, é importante salientar que uma restrição de um Direito Fundamental sem fundamentação constitucional é uma violação constitucional.

Conforme Virgílio Afonso da Silva:

> [...] definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de decidir pela proteção definitiva, ou não (SILVA, 2010, 187).

Neste trabalho, foi realizado um estudo de caso com o objetivo de fundamentar, empiricamente, a centralidade do acesso à justiça e ao direito e, por consequência, o paradigma democrático que legítima o sistema normativo, como fundamento para efetividade do Direito Fundamental. Esse estudo refere-se à observação de um caso considerado emblemático pelo pesquisador, porque possibilita a análise fática da interpretação do instituto da Usucapião Coletivo Urbano, como instrumento de regularização fundiária com a participação efetiva dos movimentos sociais nos processos de produção legislativa. Ele também proporciona informações para a análise empírica do acesso à justiça como instrumento de consecução do direito; possibilita compreensão de argumentações e dos processos de interpretação do Poder Judiciário, anteriores e posteriores à introdução do instituto da Usucapião Especial Coletivo Urbano no ordenamento jurídico contido na lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001 – O Estatuto da Cidade.

O agrupamento de habitações precárias, conhecido como Favela da Piscina, consiste em um assentamento informal estabelecido em uma área de 6.500m2 próximo à várzea do Rio Tietê, na Rua da Piscina, 169, bairro do Canindé na cidade de São Paulo.

Este estudo de caso refere-se ao processo factual do pleito da população de um assentamento precário – favela localizada no bairro do Pari na região central de São Paulo – pela aquisição do domínio e por consequência regularização fundiária de suas moradias. Trata-se de um assentamento estável onde algumas famílias habitam o local há pelo menos 50 anos.

Ao longo desse período de permanência no espaço, em momentos distintos, as famílias organizadas com objetivo de assegurar seu Direito Fundamental à moradia, tentaram a tutela jurisdicional do Estado, por meio da proposição de quatro ações de usucapião especial. A primeira ação é do início da década de 1990, a segunda de 1996, a terceira de 1998 e outra, em curso, atualmente. Com base nas características do assentamento, todas as ações foram coletivas, sendo que a primeira apresentou como substituto processual dos moradores, a pessoa jurídica da Associação de Moradores, constituída entre outros objetivos para esse fim.

Nenhuma das três primeiras ações prosperou em função de situações incidentais, como a individualização no processo do espaço ocupado pelas famílias ou o não reconhecimento da Associação de Moradores como substituto processual para proposição das ações. O Judiciário nunca analisou o mérito desses processos.

O assentamento deu-se em um terreno de propriedade de particulares e somente a extrema necessidade de uma moradia, poderia levar aquelas famílias pobres a ocupar um local sujeito às intempéries das cheias do Rio Tietê, sem qualquer serviço público de água, esgoto e energia elétrica.

As primeiras famílias começaram a edificar suas moradias na década de 1940 e alguns dos integrantes destas famílias, ainda residem no local, como é o caso de uma moradora que nasceu no assentamento, em 1945, constituiu família, tem três filhos e ainda é residente no local.

Desde o início da ocupação, os moradores da Favela da Piscina estabeleceram-se com o ânimo de fixar sua moradia, sem clandestinidade e de boa-fé. De forma mansa e pacífica, o assentamento vem abrigando mais de uma geração de moradores e outros que foram chegando, constituindo-se em uma comunidade longeva e organizada há décadas.

No começo, com uns poucos barracos de madeira, o assentamento adensou-se como núcleo habitacional, que abriga hoje 120 famílias. Assim, desde o início da década de 1990, há uma presença estável de moradores que proporcionou a consolidação do assentamento, incentivando melhorias nas condições físicas das moradias; alguns antigos barracos de madeira foram substituídos por construções de alvenaria.

Por iniciativa dos moradores do assentamento, o abastecimento de água foi possível graças à instalação de dois marcadores de consumo de água e de postes de madeiras, que garantiram iluminação das vielas e das casas, asfaltamento de parte do acesso comum à comunidade e construção do centro comunitário, que é um aglutinador daquelas famílias. Nesse local, são realizadas reuniões para discutir e resolver os problemas da comunidade, festas e atividades de recreação e de geração de renda, como é o caso de uma cooperativa de serviços de costura.

Em 1992, a prefeitura de São Paulo reconheceu a Favela da Piscina como um núcleo habitacional e realizou um levantamento topográfico cadastral de toda a área, abrindo caminho para a possibilidade de usucapião de diversas famílias.

As melhorias proporcionadas pelas próprias famílias em suas habitações e no assentamento são atestados da boa-fé dos moradores e da relação direta entre a estabilidade nas moradias conquistadas – mesmo sem segurança jurídica na posse – com o progresso material dos moradores e estabelecimento de condições mínimas para uma vida digna.

Como qualquer favela, a ocupação do espaço não segue o padrão de ocupação regular nos moldes previstos nas legislações de ocupação e edificação, mas se constituiu de forma caótica pela escassez de recursos de seus moradores.

A ocupação e edificação das moradias se deram, portanto, em conformidade com a condição financeira de seus moradores, levando a uma variabilidade de edificações com algumas casas de alvenaria e outros “barracos de madeira”.

A Favela da Piscina não se diferencia de tantas outras favelas das grandes cidades brasileiras, com seus moradores estigmatizados em função de sua condição de pobreza como marginais. Além da violência da marginalização, pobreza e ausência do Estado na disponibilização de serviços básicos e essenciais, a situação dos moradores nas favelas é de exclusão dos benefícios da geração de riqueza que se consubstanciou, também, na exclusão do assentamento das normas urbanísticas.

Nesta realidade, perdura a indagação sobre o real sentido da legitimidade das normas que disciplinam a ocupação e o uso do espaço urbano, na percepção dos moradores dos assentamentos precários presentes nas cidades brasileiras.

2. **A regularização fundiária**

A natureza dos Direitos Econômicos e Sociais como direitos prestacionais está inscrita na doutrina que amplamente acolhe o entendimento de que são direitos, que segundo Sarlet.

> “pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais” (SARLET, 2008, p.283).

É fato que essa natureza prestacional, invariavelmente, é condicionada às limitações dos recursos materiais do Estado e, também, à viabilidade de aplicação do direito positivo.

Nesse sentido, reforça-se o entendimento de que o caso da Favela da Piscina é emblemático, na medida em que todas as condições, materiais e legais para a efetividade do Direito Fundamental à moradia estavam à disposição do Poder Judiciário, ou tornaram-se “explicitas” ao longo do tempo por meio da criação legislativa com a positivação de institutos normativos, que tão somente acolheram situações de fato.

Conforme foi aludido, os moradores da Favela da Piscina buscaram na tutela jurisdicional do Estado, com ações de usucapião, a efetividade de seu direito à moradia. Foram propostas quatro ações em momentos distintos – a última ação levada a juízo, em 2010, ainda está em curso – sendo que as três primeiras foram sistematicamente negadas pelo Judiciário. A fundamentação para o indeferimento dos pleitos dizia respeito a questões incidentais e nunca o mérito dessas demandas foi apreciado.

As ações de usucapião foram propostas respectivamente: em 1990 (Processo nº1030/90, 1ª Vara de Registros Públicos); em 1996 (Processo nº 1718/96, 2ª Vara de Registros Públicos), em 1998 (Ação 000.98.015148-1, 1ª Vara de Registros Públicos) e, em 2010, a que está em curso (Processo nº 100.10.034.919-5, Vara de Registros Públicos).

É importante salientar que tais ações, com exceção do processo em trâmite, são anteriores à promulgação da lei nº 10.257 de 2001 – O Estatuto da Cidade e sustentavam argumentações embasadas em situações fáticas relativas à grande dificuldade na individualização da posse dos moradores e na determinação das áreas comuns. Vale destacar que tais situações fáticas não são características exclusivas da favela da Piscina, mas são comuns a muitos outros assentamentos precários da mesma natureza.

As favelas com sua ocupação desordenada, em muitas situações, constituem-se como um todo, ou seja, configuram-se como um fenômeno coletivo cuja ocupação dos espaços exclusivos de cada morador e definição das áreas comuns não se coadunam com as normas de uso e ocupação do solo.

Não é objetivo deste do trabalho, discutir a pertinência dos requisitos legais das ações de usucapião, em vista das condições materiais que sustentam a ação, como o lapso temporal e a boa-fé dos moradores, entre outros requisitos. Tais elementos já foram apresentados no histórico da Favela da Piscina. O que importa aqui é a análise das argumentações que redundaram na negação das primeiras ações de usucapião propostas pelos moradores, sem a discussão do mérito. As ações têm em comum, como principal lastro legal, o texto Constitucional.

> Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, interruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de imóvel urbano ou rural (BRASIL, 1988).

A primeira Ação de Usucapião Especial Urbano de 1990 (Processo nº 1030/90 – 1ª Vara de Registros Públicos) foi proposta de forma coletiva, reconhecendo que as favelas com sua ocupação desordenada, em muitas situações, constituem-se um todo. Além disso, elas têm como polo ativo a associação de moradores, legalmente constituída, inclusive com a finalidade de atuar no sentido da regularização do domínio do imóvel. A legitimidade da associação como substituto processual dos moradores foi fundamentada na Constituição Federal pelo Art. 5, inciso XXI – “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

A ocupação da favela exercida pelos moradores “simultaneamente sobre coisa indivisa, de forma que usufruem livre e totalmente da área usucapienda, sendo a quota cabível a cada um meramente ideal, sem demarcação” (Processo n°1.030/90 p. 09), serviu como fundamento para o pleito da ação de usucapião, pelo deferimento do domínio coletivo, ou seja, pela composse do imóvel.

Em sua decisão, o digno magistrado reconheceu efetivamente a natureza coletiva do assentamento, sendo que sem esta constatação, de fato, não seria possível atribuir aos moradores o direito à aquisição do domínio conforme o que segue.

> [...] Cuida-se de aglomerados urbanos que abrigam inúmeras famílias estas consideradas no seu conteúdo ampliado, como decorre da letra expressa da constituição federal. Não há como negar sua finalidade de moradia, assim como a destinação familiar delas [...] Não há, como ignorar que a favela é também um fenômeno coletivo, já que o agrupamento desordenado de moradia compõe um todo onde há áreas de uso exclusivo de cada morador e outras de uso comum [...] reconheço que a constituição Federal não retirou aos moradores de favelas que ocupem área urbana de até 250m2 para moradia sua, ou de sua família, o direito de pleitearem a aquisição do domínio pelo usucapião especial urbano previsto no artigo 183 da Carta Magna (Processo 1.030/90 – p. 253).

No entanto, o emérito magistrado indeferiu a petição inicial, entendendo que não haveria como admitir a composse do imóvel, indicando a necessidade de individualização das unidades autônomas exclusivas de cada morador, pronunciando-se no tópico final da decisão no seguinte sentido:

> Assim, valendo-se da experiência obtida neste feito, poderá a autora, se tiver interesse, desentranhar as peças que entender necessárias, e ajuizar novo pedido, consolidando numa só petição todas as emendas, bem como incluindo aquilo que ainda precisa ser feito neste processo, que reclamaria refazer a distribuição de áreas comuns entre as unidades, observando-se o critério da proporcionalidade estrita, bem como para que seja atribuída apenas uma unidade para cada possuidor (Processo 1.030/90, p. 507).

Não se conformando com o desfecho da ação, porém seguindo as observações do douto magistrado que proferiu o indeferimento da peça inicial, sem o julgamento do mérito, a associação de moradores pleiteou novamente a tutela jurisdicional pela aquisição do domínio, por meio do Usucapião Especial Urbano, processo nº 1718/96 da 2ª Vara de Registros Públicos.

Dessa feita, foi juntado ao processo para a apreciação do Judiciário, o levantamento topográfico da área, elaborado por profissional contratado pelos moradores com a individualização das áreas, tal qual se apresentava em sua ocupação desordenada.

Para a surpresa dos autores, a peça vestibular foi indeferida com base no Art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil. Esse indeferimento foi motivado pelo entendimento de que a associação de moradores não teria legitimidade para agir, como substituto processual.

Os moradores não desistiram da busca pela efetivação de seu direito à moradia e propuseram nova ação, seguindo o que fora aventado nas ações anteriores pelos eméritos magistrados. Na nova ação de Usucapião Especial (Processo nº 000.98.015148-1 de 1998- 1º. Vara de Registros Públicos), os próprios moradores integraram o polo ativo da ação e juntaram novamente a individualização das posses das moradias e a determinação das áreas comuns, por meio de levantamentos topográficos, elementos e documentos indicativos da posse.

Nesse novo intento, a resposta do Judiciário foi pela impossibilidade do progresso da pretensão dos autores, pois segundo o magistrado, seria impossível individualizar as áreas privadas dos moradores com títulos de domínio, sem que avançasse sobre áreas de uso comum e de passagem e se consolidaria com o "uma burla às normas de parcelamento do solo" (Processo nº 000.98.015148-1 de 1998- 1º. Vara de Registros Públicos, p. 338).

O magistrado reconheceu que a área apresenta uma ocupação espontânea e desordenada e sustentou que, caso a ação prosperasse "significaria permitir por usucapião daquilo que jamais seria obtido sob forma de parcelamento do solo, porque ilegal" (Processo nº 000.98.015148-1 de 1998 – 1ª Vara de Registros Públicos, p. 339).

Tal situação iria, conforme a sustentação do emérito magistrado, configurar-se em afronta às normas que regulamentam o parcelamento do solo e abriria caminho para que "especuladores inescrupulosos promovessem vendas de qualquer modo, com subsequente assentamento de moradias para que, passados cinco anos, fossem atribuídos títulos de domínio, dando-se as costas à Lei de Parcelamento do Solo" (Processo nº 000.98.015148-1 de 1998 - 1º. Vara de Registros Públicos, p. 339).

O digno magistrado finaliza sua decisão com o seguinte posicionamento:

> [...] O presente pedido consolidaria a situação ilegal e contraria os interesses dos próprios requerentes. Na prática, ficaria impossível dar nova confrontação à ocupação da área com títulos de domínio deferidos sobre áreas mínimas e sem que abrangesse as áreas comuns e hoje utilizadas como passagem e outros fins (Processo nº 000.98.015148-1 de 1998 – 1º. Vara de Registros Públicos, p. 339).

Destarte, mais uma vez a pretensão de acesso à moradia por meio da tutela jurisdicional na Ação de Usucapião Especial Urbano foi extinta, nos termos do Art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

A análise dogmática e pragmática dos fatos até aqui relatados, demonstram cabalmente a complexidade que a efetividade dos Direitos Fundamentais e, particularmente, os Direitos Econômicos e Sociais estão envolvidos.

Por mais que seja uma tarefa das mais complexas, a título ilustrativo, a construção doutrinária de teorias que se desdobram para a determinação do conteúdo de um Direito Fundamental e seu âmbito de proteção pode motivar importantes consequências relativas à alocação de recursos para a efetividade do direito. A realidade reserva formas de negação do direito, que superam construções doutrinárias tão celebradas.

Não é demais voltar ao que foi mencionado neste trabalho, que o sentido de um texto normativo não está no "conteúdo das palavras, mas em seu uso e interpretação. Sendo que o processo interpretativo, assim como todo processo de aplicação do direito, é um processo de cujos sentidos, são construídos e reconstruídos pelo intérprete" (ÁVILA, 2009, p. 31-32).

O mérito da ação, o fato de aqueles moradores pobres estarem na posse da área por décadas e a efetividade do direito à moradia como base material mínima para uma condição de vida digna nas decisões proferidas pelo poder Judiciário, foram elementos secundários no conteúdo das decisões proferidas. Essas fundamentações foram antagônicas entre os diferentes processos, sedimentadas em uma hermenêutica privatista, que relegou a natureza coletiva da Favela da Piscina e a função social da propriedade. De fato, as decisões inviabilizaram a regularização fundiária daquela área e o direito à moradia se tornou letra morta para aqueles moradores. A importância de tais decisões cresce na medida em que as características da ocupação da Favela da Piscina, não são exclusivas, elas se repetem em diversas outras favelas "encravadas" nas cidades brasileiras.

A constatação histórica vai, no sentido das palavras da eminente professora Sueli Gandolfi Dallari: "Na nossa sociedade, os direitos sociais não são obtidos por concessão espontânea, mas conquistados pelas classes menos favorecidas" (DALLARI, 1996, p. 32).

Nessa conjuntura, a Lei nº 10.257 de 2001 – O Estatuto da Cidade representa o resultado de um longo caminho percorrido pela população empobrecida, organizada em movimentos populares com embates políticos para a institucionalização de instrumentos de política urbana, que possibilitam o acesso democrático à cidade e à efetivação da função social da propriedade.

Dentre tantos instrumentos normativos incorporados ao Estatuto da Cidade está o Usucapião Especial Coletivo Urbano e, de forma irrefutável, na presente lei, são acolhidos dispositivos que foram matéria de argumentação e fundamentação nas ações de usucapião, levadas a pleito pelos moradores para tutela jurisdicional, dez anos antes da promulgação de tão importante norma.

Na primeira ação de 1990, conforme foi aludido, a natureza coletiva e a configuração da organização do assentamento foram as bases para a propositura da ação de usucapião. Os moradores foram representados no polo ativo da ação, como substituto processual, pela associação de moradores legalmente constituída e a ocupação desordenada do assentamento foi fundamento para o pleito pela concessão coletiva do domínio da área.

De forma expressa e inequívoca a Lei 10.257/2001 em seus artigos 10º e 12º, acolheu dispositivos que positivaram esta realidade manifesta, dos assentamentos precários, da mesma natureza da Favela da Piscina.

> Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.
> § 3o Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.
> § 4o O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.
> Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:
> I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente;
> II – os possuidores, em estado de composse;
> III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados. (BRASIL, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001).

Não obstante, condizente com a complexidade social desnudada, neste estudo pragmático, sobre a efetividade dos Direitos Econômicos e Sociais, a conclusão aventada é a de que não basta a norma, não bastam os recursos para a consecução dos direitos, é necessário que as escolhas sejam coadunadas com a consecução dos Direitos

Fundamentais. É fundamental destacar texto de Adilson Abreu Dallari, em relação ao cometimento do Estatuto da Cidade.

> Avulta, portanto, a importância do Poder Judiciário para corrigir uma jurisprudência, em matéria de propriedade, francamente conservadora, fundamentada numa concepção estritamente individualista. Já a nova legislação fortalece uma definição do conceito de função social da propriedade, permitindo que se levem em consideração, além dos interesses do proprietário – que, há de se ressaltar, são legítimos e consagrados pela ordem jurídica -, também os interesses da coletividade (DALLARI; FERRAZ, 2002, p.19).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há constatação de que somente os direitos de primeira geração, como produto do pensamento liberal com seu objetivo de garantir a abstenção – uma zona de autonomia do individuo frente ao Estado – não seriam capazes de garantir a igualdade material e, por consequência, o gozo de fato da liberdade. Acresce-se, ainda, a influência de doutrinas socialistas, o capitalismo industrial nascente e a emergência de uma nova classe de trabalhadores organizando-se em movimentos reivindicatórios, que impõem reconhecimento de novos direitos (SARLET, 2002, p.47).

Esses processos foram atribuindo ao Estado um papel de fomento na realização da igualdade material, que resulta na demanda de uma função não somente omissiva, em relação aos indivíduos. No entanto, ativa na construção e disponibilização de meios e bens capazes de suprir necessidades e de proteger contra as ações do Estado ou de particulares na obstrução do acesso e da consecução da igualdade material.

É nesse contexto que há o reconhecimento dos Direitos Fundamentais de segunda geração, os Direitos Econômicos e Sociais, tanto por sua natureza positiva, como a de defesa e proteção, que acolhem bens essenciais para a concretização da dignidade humana.

A dimensão positiva dos Direitos Econômicos e Sociais e, mesmo, sua dimensão de proteção, demandam um Estado democrático de Direito com recursos materiais – financeiros, técnicos, humanos – e jurídico formais, capazes de intervir e regular os diferentes aspectos das relações dos indivíduos em sociedade.

A opção ideológica da doutrina liberal de organização econômica do Estado foi por um Estado mínimo deixando às forças do “mercado”, o papel de fomentador do desenvolvimento econômico e de regulação por intermédio da livre concorrência. Ainda, aliada a essa opção, a chamada globalização econômica possibilita apropriação de recursos e de mercados por grandes corporações transnacionais, sendo que, as antigas relações de exploração colonial são atualizadas e substituídas pela dependência tecnológica e financeira entre os países.

Assim, os ideários da doutrina liberal e as consequências da chamada “globalização” representam a redução da capacidade dos Estados em gerir seus recursos naturais, humanos e econômicos. Dessa forma, esses fatores levaram ao enfraquecimento do Estado democrático de Direito e ao crescimento do poder social e econômico de

grandes atores – principalmente supranacionais – os principais beneficiários, da redução da capacidade regulatória dos Estados.

Nesse cenário, de desnacionalização da economia com a perda de recursos naturais e desestatização de empresas, assim como uma crescente desregulamentação, a efetividade dos Direitos Econômicos e Sociais não se restringe somente à discussão jurídico-positiva, mas também, à realização de ações de fortalecimento do próprio Estado de Direito (sempre democrático), contra o enfraquecimento de sua soberania externa e interna.

Apesar dessa constatação pragmática da prevalência dos fatores econômicos na criação de condições de vida digna, a efetividade dos Direitos Fundamentais não prescinde de sua análise dogmática, visto que "a experiência jurídica é uma experiência normativa" (BOBBIO, 2008, p.23). A análise da estrutura formal, na qual esses direitos são acolhidos na ordem jurídica, é elemento essencial na busca dos meios de sua consecução, seja na dimensão prestacional ou de proteção.

Com essa perspectiva, o presente trabalho não se restringiu à análise da eficácia jurídica, mas abordou o tema dos Direitos Fundamentais sob o aspecto da efetividade social.

A dimensão axiológica e principiológica dos Direitos Fundamentais e a própria natureza dos critérios valorativos das normas são elementos que reforçam o paradigma democrático do Direito e dão fundamentação à participação popular e ao acesso à justiça como elementos basilares para a efetividade dos Direitos Fundamentais. É o caso da legitimidade e da justiça (critérios valorativos das normas jurídicas) que pressupõem a convergência entre as perspectivas axiológicas do povo e sua institucionalização nas leis.

Por outro lado, a efetividade dos Direitos Econômicos e Sociais demanda a prestação positiva do Estado e, esta prestação será determinada pelo conteúdo essencial do direito, por sua vez definido conforme a dogmática de cada gênero de Direitos Fundamentais. O que não deixa dúvidas, é que a capacidade do Estado em atender ao cometimento normativo está vinculada aos limites dos recursos disponíveis, sendo que muito dessa argumentação pauta-se pela tão conhecida teoria da reserva do possível.

Além da dimensão prestacional, os Direitos Econômicos e Sociais apresentam uma dimensão de defesa, que demanda a proteção contra as ações do Estado e de particulares que venham a obstar ou violar o exercício do direito. É justamente a relevância dessa dimensão de proteção que a análise dogmática e pragmática deste trabalho procurou demonstrar.

Na complexa realidade em que o direito à moradia está inserido, o espaço urbano é um bem valorizado, escasso e disputado, no qual as normas que têm a incumbência de regular a ocupação e o uso do espaço urbano, são capazes de adequar à ordem jurídica somente uma pequena e privilegiada parcela do território urbano.

A informalidade dos contratos, a insegurança jurídica na posse, a ausência do poder público e segregação socioterritorial são as marcas das moradias de grande parte da população empobrecida da cidade de São Paulo. Para essa população, o que determina as formas de ocupação do território da cidade e a edificação das moradias são seus parcos recursos financeiros.

Não por acaso, as análises factuais das relações intersubjetivas nos cortiços e no estudo de caso da Favela da Piscina indicaram que a dimensão de proteção é a ação mais premente para efetividade do direito à moradia, para a população analisada. Ela demanda atuação do Poder Judiciário, estritamente pertinente com sua função institucional, coadunada com uma hermenêutica menos privatista e mais atenta à dimensão coletiva dos fatos levados a juízo.

Nessa busca pela efetividade do direito à moradia, o já mencionado paradigma democrático do direito, se consubstancia na atuação organizada da população pobre por meio dos chamados movimentos sociais. É por esta forma de "institucionalização" da participação popular, que indivíduos sem voz se apropriam de instrumentos próprios do sistema jurídico, tendo como importante recurso o acesso à justiça.

A importância do acesso à justiça vem da constatação pragmática, das inúmeras condições ilegais a que a população empobrecida está sujeita, como a exploração de aluguéis abusivos, a informalidade contratual e as condições aviltantes das moradias entre outras.

Entretanto, o acesso à justiça, como instrumento de transformação social vai além do acesso ao Judiciário, mas acesso ao direito, que implica na apreensão cognitiva da ordem jurídica, de sua estrutura e dos meios para uma produção legislativa que garanta o acesso à igualdade material.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à Moradia:** instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas/IPPUR/FASE, 1997.

ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. **A cidade do pensamento único:** desmanchando consensos. Petrópolis: Vozes, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luis A. Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BERCOVICI. Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v.36, n.142, abr. /jun 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teorias sobre a Justiça:** Apontamentos para a História da Filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000a.

_____. **A Justiça em Aristóteles**: Apontamentos para a História da Filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000b.

_____; ALMEIDA, Guilherme Assis de; CUNHA FERRAZ, Anna Cândida (Orgs.). **Direitos Humanos Fundamentais:** positivação e concretização. Osasco: Edifieo, 2006.

BLOTTA, Victor Souza Lima. **Habermas e o Direito** – Da normatividade da Razão à Normatividade Jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani et al. Barueri (SP): Manole, 2007. (Título Original: Dalla estruttura Allá funzione)

_____. **Teoria da Norma Jurídica.** Tradução de Fernando Pavan Baptista et al. 4. ed. ver. Bauru (SP): Edipro, 2008.

_____. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti et al. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Título original: Teoria generale del diritto).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONDUKI, Nabil. **Origens da habitação social no Brasil:** arquitetura moderna, lei de inquilinato e difusão da casa própria. São Paulo: Ed. Estação Liberdade/Fapesp, 1998.

BRASIL. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censos de 1980, 1991, 2000, 2010**. Disponível em: www.IBGE.gov.br. Acesso em: 22/04/2012

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Presidência da República, 1988.

_____. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990** – Estatuto da Criança e do Adolescente – Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 mar. 2013

_____. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 2/02/2013.

_____. **Lei nº 10.257 de 10 de Julho de 2001 – Estatuto da Cidade.** Regulamenta os Arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 1/02/2013.

_____. **Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003** – Estatuto do Idoso – Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 1/02/2013.

BRUSTSHER, Volmir José. Paulo Freire: Direitos humanos, história e liberdade. In: CARBONARI, Paulo César (Org.). **Sentido filosófico dos direitos humanos:** leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: Ifibe, 2006. (Coleção Filosofia e Direitos Humanos: I) p. 113-127.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: http://editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051>. Acesso em: 28/12/2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo.** 3 ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e a vinculação do legislador:** contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 2001.

_____. A constituição europeia, entre o programa e a norma. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.) **Diálogos Constitucionais.** Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia.** São Paulo: Editora Max Limond. 1997.

_____. **O Direito na Sociedade Complexa.** 2. ed**.** São Paulo: Editora Saraiva. 2011a.

_____. **Direito e Diferenciação Social.** São Paulo: Editora Editora Saraiva. 2011b.

CARBONARI, Paulo César (Org.). **Sentido filosófico dos direitos humanos:** leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: Ifibe, 2006. (Coleção Filosofia e Direitos Humanos: I)

CARICARI, Ana Maria; KOHARA, Luiz (Orgs.). **Cortiços de São Paulo:** soluções viáveis para habitação social no centro da cidade de São Paulo e legislação de proteção à moradia. São Paulo: Mídia Alternativa Comunicação e Editora, 2006.

CASTRO, Cláudio de Moura. **A prática da pesquisa.** São Paulo: Makron Books, 1977.

CGGDH. Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos. **Os despejos e reintegrações de posse de cortiços no cotidiano do centro da cidade de São Paulo** – sistematização da dinâmica urbana, jurídica e social do período entre 1990 e 2010. São Paulo, CGGDH, 2011. (Relatório interno)

CLÈVE. Clémerson Merlin. A teoria Constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO; Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.** São Paulo: Malheiros, 1997. v.2.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Ética:** Direito moral e religião no mundo moderno. 2. ed. rev. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CYMBALISTA, Renato; MOREIRA, Tomás. **O Conselho Municipal de Habitação em São Paulo.** São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, 2002. (Observatório dos Direitos do Cidadão: acompanhamento e análise das políticas públicas da cidade de São Paulo)

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). **Estatuto da Cidade:** comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Sueli Gandolfi et al. Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo**. Revista de Saúde Pública.** São Paulo, v. 30. n.6. p. 592-601, dez. 1996.

DINIZ, Maria Helena**. Lei de Locação de Imóveis Urbanos Comentada** (Lei n. 8.245, de 18-10-1991). 8. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade –** uma introdução à política do direito. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

_____. **Eficácia jurídica e violência simbólica:** o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

_____. (Org.). **Direito e Globalização Econômica:** Implicações e Perspectiva. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2002a.

_____. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2002b.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina.** Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas 1988.

_____. **Teoria da norma jurídica:** ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Constituição e governabilidade:** ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIX, Mariana. **Parceiros da exclusão.** São Paulo: Boitempo, 2001.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido.** 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa/Paulo Freire. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil.** 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GODOY, Arilda Schmidt. Pesquisa Qualitativa – Tipos Fundamentais. **RAE – Revista de Administração de Empresas.** São Paulo, v. 35, n. 3, p.20-29, mai/jun.1995.

GRAU, Eros Roberto. Fundação social da propriedade (Direito Econômico) In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, v. 39, p. 1-27, 1977.

_____. A ordem econômica na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo:** estudos e pareceres. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre Facticidade e Validade. Volume II. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia:** entre Facticidade e Validade. Volume I. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

INSTITUTO PÓLIS. **Banco de experiências de regularização fundiária**. Programa de regularização de favelas da Prefeitura Municipal de São Paulo: aplicação da concessão especial de uso para fins de moradia. São Paulo, 2005.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)**. Brasília, out. 2008.

KOHARA, Luiz Tokuzi. **Rendimentos obtidos na locação e sublocação de cortiços: estudo de casos na região central da cidade de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Engenharia Urbana). Programa de Pós-Graduação. Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

_____. **Relação entre as condições de moradia e o desempenho escolar de crianças que residem em cortiços**. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo). Programa de Pós-Graduação. Faculdade de Arquitetura da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEVANDOWISKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

LOMAR, Paulo José Villela. Usucapião coletivo e habitação popular. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 24, n.51, p.133-49, jul.dez. 2001. (Seminário o Estatuto da Cidade)

LOPES, José Reinaldo lima. Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais. In **DIREITOS humanos: visões contemporâneas.** São Paulo: Associação dos Juízes para a Democracia, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 1. ed. São Paulo: Vozes, 2009.

MARICATO, Ermínia. **Habitação e cidade.** São Paulo: Atual, 1997.

_____. **Brasil, cidades:** alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARTINS, Gilberto de Andrade: THEÓPHILO, Renato Carlos. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas.** São Paulo: Atlas, 2007.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista. Disponível em:** http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/manifestocomunista.html.1999. Acesso em: 20/12/2011.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). **Estatuto da Cidade –** comentários à Lei 10.257 de 10/07/200. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios institucionais brasileiros. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Desafios do século XXI.** São Paulo: Pioneira, 1992.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

OTTMANN, Götz. Movimentos Sociais Urbanos e Democracia no Brasil – uma abordagem cognitiva. **Novos Estudos.** nº 41. São Paulo: Cebrap, 1995, p. 186-207.

PASCUAL, Josep Rafael Moncho. **Ética de los derechos humanos.** Madrid: Tecnos, 2000.

PICCINI, Andréa. **Conceito e preconceito na reestruturação do Centro urbano de São Paulo.** São Paulo: Annablume, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: M. Limonad, 1996.

_____. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: **DIREITOS humanos:** visões contemporâneas**.** São Paulo: Associação dos Juízes para a Democracia, 2001.

POCHMANN, Marcio. **Outra cidade é possível –** Alternativas de inclusão social em São Paulo. São Paulo: Cortez, 2003.

PRADO JR, Caio. **História econômica do Brasil.** São Paulo: Brasilense, 1970.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROANI, Alcione Roberto. Jürgen Haberman: – Direitos humanos, soberania do povo e princípio da democracia. In: CARBONARI, Paulo César (Org.). **Sentido filosófico dos direitos humanos:** leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: Ifibe, 2006. (Coleção Filosofia e Direitos Humanos: I) p. 129-152.

ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. **Direitos Humanos, acesso à justiça:** um olhar da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.) et al. **Pesquisa sobre a atuação da advocacia popular**. São Paulo: Cebrap, 2011**.**

ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil:** afinal, de que se trata? Rio de Janeiro: FGV, 2005.

ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei:** Legislação política urbana e territórios na cidade de São Paulo. São Paulo: Studio Nobel/Fapesp, 1997.

_____; SOMEKH, Nadia. Governar as metrópoles: dilemas da recentralização. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz (Org.). **Metrópoles**: entre a coesão e a fragmentação, a cooperação e o conflito. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2004.

ROSSETO, Rossella. **Fundo Municipal de Habitação**. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, 2003. (Observatório dos Direitos do Cidadão: acompanhamento e análise das políticas públicas da cidade de São Paulo)

SALOMÃO FILHO, Calixto (Org). **Regulação e Desenvolvimento:** Novos Temas. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SÃO PAULO. **Lei 7.805 de 1972** - Dispõe sobre o parcelamento, uso e ocupação do solo do Município, e dá outras providências. Revogado pela LM 13.885/04, exceto os incisos II e II do Art. 15. Regulamentado pelo DM 11.106/74. Retificado DOM 08/12/1972 - já anotado. Disponível em: www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/habitacao/plantas_on_line/legislacao/index.php?p=5679. Acesso em: 4/02/2013.

_____. **Lei municipal nº 10.928 de 8 de janeiro de 1991**. Regulamenta o inciso II do artigo 148 combinado com o inciso V do artigo 149 da LOM, dispõe sobre as condições de habitação dos cortiços, e dá outras providencias. Disponível em: www. radarmunicipal.com.br / legislacao/lei-10928. Acesso em: 4/02/2013.

_____. **Lei 13.885 de 25 de agosto de 2004** – Estabelece normas complementares ao Plano Diretor Estratégico, institui os Planos Regionais das subprefeituras, dispõe sobre o parcelamento, disciplina e ordena o uso e ocupação do solo do município de São Paulo. Disponível em: www.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/legislacao/municipal/lei_municipal_13885-2004.pdf. Acesso em: 4/02/2103.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). **Arquivos de direitos humanos.** Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dez./ jan./ fev., 2009, 2010. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-INGO-SARLET.pdf> Acesso em: 30 jan. 2013

SAULE JR., Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2004.

SAULE JR., Nelson; RODRIGUEZ, Maria Helena. O Direito à Moradia. In: **Extrema pobreza no Brasil: a situação do Direito à alimentação e moradia adequada.** Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais - DhESC Brasil et al. [2005?] Disponível em: www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Extrema_Pobreza_no_Brasil.pdf. Acesso em: 25/02/2013.

SAULE JR.; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O Direito à Moradia no Brasil.** Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU de 29 de maio a 12 de junho de 2004 – Violações, Práticas positivas e Recomendações ao Governo Brasileiro. São Paulo: Instituto Pólis, 2005.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ . **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____ . **Direito urbanístico brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais:** repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.