



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Márcio Alan Menezes Moreira**

**Ideologia Jurídica e Conflitos Fundiários**

Fortaleza

2012

**Márcio Alan Menezes Moreira**

**Ideologia Jurídica e Conflitos Fundiários**

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz

Fortaleza

2012

**Márcio Alan Menezes Moreira**

**Ideologia Jurídica e Conflitos Fundiários**

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz (orientador)  
Universidade Federal do Ceará

---

Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque  
Universidade de Fortaleza

---

Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa  
Universidade de Fortaleza

Para Jousyane e Ernesto.

## **AGRADECIMENTOS**

A todos (as) que lutam por um mundo justo e igualitário, e em especial aos lutadores(as) das centenas de ocupações urbanas em Fortaleza, sem tal inspiração este trabalho não seria possível.

A CAPES, pelo apoio durante todo o trabalho, com o financiamento da bolsa.

Ao Professor Dr. Fernando Basto Ferraz, pela companhia amável e rica orientação.

Aos Professores Dr. Newton Albuquerque e Dr. Gustavo Raposo por aceitarem a composição da banca examinadora.

Ao Escritório Frei Tito, e todos e todas as advogadas que atuaram nesse espaço de advocacia popular.

A minha família, pelo apoio durante as horas reservadas ao estudo.

## RESUMO

Os conflitos fundiários urbanos são um dos principais problemas das grandes metrópoles brasileiras. Erguidas sobre uma dualidade de desenvolvimento em miséria e concentração de renda, assistimos a uma consolidação de um modelo de cidade segregada entre classes sociais cada vez mais em campos opostos, principalmente no que diz respeito ao acesso ao solo urbano. Tais conflitos acabam desembocando no Judiciário, que acaba tornando-se um espaço de resolução (também) de problemas políticos, relativo às políticas públicas, que o Estado não logra resolver. Porém, em sua atividade, diversos elementos incidem sobre a atividade cognitiva decisória do juiz. Toda sua formação moral, religiosa, e cultural permeia seu ato de julgar. No presente trabalho focamos em um elemento específico do julgamento: a ideologia jurídica. Nesse sentido, é importante percebermos o Judiciário dentro do sistema estatal, a partir de um determinado referencial teórico que nos permita a análise da sociedade capitalista e suas intersecções com o Direito. Identificamos a existência de uma ideologia jurídica que tem como referente a aparência das relações sociais, falseando a realidade, contribuindo para a reprodução das relações capitalistas. Neste percurso, o Judiciário, mesmo imerso neste conteúdo ideológico hegemônico, pode aplicar, em casos de conflitos fundiários, toda uma gama de remédios legais, oriundos da legislação constitucional e infraconstitucional. Neste momento, surge então a colisão entre direitos fundamentais: de um lado o direito à propriedade e de outro o direito à moradia. Por fim, analisamos em um estudo de caso, dez processos judiciais de conflitos fundiários em Fortaleza, buscando identificar os elementos ideológicos que compõem as decisões.

Palavras-Chave: ideologia jurídica; Judiciário; direito à moradia; função social da propriedade; direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The urban land conflicts are one of the main problems of large Brazilian cities. Erected on a dual development in poverty and income concentration, witnessed a consolidation of a city segregated social classes increasingly hostile camps, especially with regard to access to urban land. These conflicts eventually ending up in the Judiciary, which eventually becomes a space resolution (also) political problems concerning public policies that the State is unable to solve. However, in its activity, several factors affect decisions about the cognitive activity of the judge. All their moral, religious, and cultural permeates the act of judging. In this paper we focus on a specific element of the trial: legal ideology. Thus, it is important to realize the judiciary within the state system, from a particular theoretical framework that allows us the analysis of capitalist society and its intersections with the law. We identify the existence of an ideology that has legal as referring to the appearance of social relations, distorting reality, contributing to the reproduction of capitalist relations. In this way, the judiciary, even immersed in this hegemonic ideological content, you can apply in cases of land conflicts, a range of remedies, from the legislation constitutional and infra. At this point, then there is a conflict between fundamental rights: the right side of the property and the other the right to housing. Finally, we analyze a case study, ten lawsuits of land conflicts in Fortaleza, seeking to identify the ideological elements that make the decisions.

Keywords: legal ideology; Judiciary; right to housing, social function of property; fundamental rights.

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	11
2	<b>O DIREITO E O JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO COM O ESTADO.....</b>	15
2.1	<b>A teoria liberal do Estado e sua condição hegemônica no estudo do Judiciário.....</b>	15
2.1.1	<i>Thomas Hobbes e o positivismo jurídico.....</i>	16
2.1.2	<i>Locke a propriedade privada como princípio fundamental do Estado.....</i>	22
2.1.3	<i>Rousseau e o rompimento com o estado de natureza hipotético.....</i>	25
2.2	<b>O Estado Moderno em uma perspectiva das classes sociais.....</b>	27
2.2.1	<i>O Estado Moderno e a crítica de Marx, Engels e Lenin.....</i>	28
2.2.2	<i>Gramsci, hegemonia e a guerra de posições.....</i>	31
2.3	<b>O papel do Direito na sociedade de classes.....</b>	35
2.3.1	<i>Stucka e o papel revolucionário do Direito.....</i>	36
2.3.2	<i>Pachukanis e a forma jurídica.....</i>	41
2.4	<b>O Judiciário em uma sociedade de classes.....</b>	45
2.4.1	<i>O Judiciário e sua estrutura burocrática.....</i>	46
2.4.2	<i>As interfaces do aparelho judiciário com a política.....</i>	52
3	<b>IDEOLOGIA JURÍDICA E DISCURSO DO DIREITO.....</b>	57
3.1	<b>Da ideologia em geral.....</b>	58
3.2	<b>A natureza ideológica do discurso jurídico.....</b>	63
4	<b>DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA.....</b>	72
4.1	<b>A Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.....</b>	72
4.2	<b>Regras e princípios como normas.....</b>	76
4.3	<b>As normas de Direitos Fundamentais Sociais.....</b>	82

4.4	<b>Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....</b>	86
4.5	<b>Algumas considerações sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.....</b>	88
4.6	<b>O direito fundamental à moradia e seu conteúdo material.....</b>	90
4.7	<b>Direito à propriedade e Função Social no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	98
5	<b>O JUDICIÁRIO E O DIREITO À MORADIA: O DESIGUAL ACESSO À TERRA URBANA NO BRASIL.....</b>	105
5.1	<b>A proteção jurídica às ocupações possessórias no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	105
5.1.1	<i>Zonas Especiais de Interesse Social.....</i>	110
5.1.2	<i>Usucapião Especial Urbano.....</i>	111
5.1.3	<i>A Concessão de Uso Especial para fins de moradia.....</i>	112
5.2	<b>A alegação da “Reserva do Possível”.....</b>	113
5.3	<b>Discricionariedade administrativa e direitos sociais.....</b>	116
5.4	<b>Custo do Direito à Moradia, orçamento público e o papel do Judiciário.....</b>	118
5.5	<b>Aspectos processuais das ações possessórias.....</b>	124
5.6	<b>O papel do juiz na resolução dos conflitos fundiários.....</b>	127
6	<b>IDEOLOGIA JURÍDICA E CONFLITOS FUNDIÁRIOS: ANÁLISE DE SENTENÇAS JUDICIAIS EM FORTALEZA-CE.....</b>	130
6.1	<b>Advocacia Popular em prol do Direito à Moradia: a experiência do Escritório de Direitos Humanos e Assessoria Jurídica Popular Frei Tito de Alencar.....</b>	131
6.1.1	<i>Embasamentos teóricos da Assessoria Jurídica Popular e suas raízes no Brasil.....</i>	132
6.1.2	<i>O papel desempenhado pelo EFTA nos casos de conflitos fundiários.....</i>	139
6.2	<b>Decisões Judiciais Ideológicas em casos de conflitos fundiários.....</b>	143

6.2.1	<i>O sentido ideológico das decisões analisadas.....</i>	146
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	152
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	156
	<b>ANEXOS.....</b>	161

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é um estudo de Sociologia jurídica, pois busca discutir a relação do Direito, bem como sua aplicação, com a estrutura das relações sociais oriundas do modo de produção capitalista. Porém, também foram realizadas imersões em temáticas afetas à Teoria do Estado, Direito Constitucional, bem como a Teoria Geral do Direito. E não poderia ser de outro modo. Partimos de um pressuposto contraposto à teoria tradicional do Direito, que identifica este como produto das relações sociais, com a função de coesão e paz social.

Partimos de uma compreensão kelseniana do direito como organização da violência, mediante critérios de autorização de produção e aplicação das normas. Porém, relacionamos tal conceito com as contribuições, principalmente de Pachukanis e Correias, acerca do Direito, além de uma determinada compreensão do Estado, de origem marxista, e com a noção de hegemonia, de origem em Gramsci. Desta forma, podemos nos aproximar de nosso objetivo com um marco teórico que nos fornecesse uma base sólida de análise. Por isso este trabalho enquadra-se como filiado à crítica jurídica e mais especificamente à crítica à ideologia jurídica.

Nosso objetivo foi o de analisar se era possível identificar a ideologia jurídica presente em julgados envolvendo conflitos fundiários urbanos. Nossa definição de conflitos fundiários é aquela adotada pelo Ministério das Cidades<sup>1</sup>, significando a disputa pela posse de imóvel urbano, entre proprietários e famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis, que necessitam, para efetivação do direito à moradia da proteção do Estado. Para tanto foi preciso analisar um amplo quadro teórico referente à ideologia e mais especificamente à ideologia jurídica, em uma primeira parte que consideramos crítica jurídica do ponto de vista externo; e uma análise das possibilidades de intervenção por dentro da ideologia jurídica positivada no Brasil, que consideramos crítica jurídica do ponto de vista interno.

A **análise desde um ponto de vista externo** é um meta-discurso, na medida em que investiga o discurso do direito. O que procuramos estudar é a técnica específica de exercício do poder através do Direito (ou melhor, do discurso do direito), que diz respeito justamente a distribuição de riquezas e manutenção das relações de produção em nossa sociedade.

---

<sup>1</sup> Disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade. (BRASIL, 2010)

Já a **análise do ponto de vista interno** diz respeito às possibilidades de transformação das condições de vida da imensa maioria da população mundial através de uma forma crítica e alternativa na utilização do direito. Trata de buscar a interpretação e aplicação do direito conforme um parâmetro ético de otimização de direitos fundamentais à maioria da população. Estas são as duas partes deste trabalho.

Inicialmente consideramos que estamos em uma produção crítica, e como tal exige a adoção de um posicionamento científico e de um referencial teórico que permita a análise crítica do direito. A produção de uma teoria crítica pode produzir conhecimento a partir dos espaços científicos já existentes ou por fora desses espaços. Acreditamos que as duas coisas são possíveis, e aqui optamos por defender, dentro das regras do método científico, o estudo da ideologia jurídica.

Dessa forma, compreendendo a ciência como discurso e como mais um discurso de poder, a análise da ideologia jurídica é válida desde que obedeça a certas regras definidas pelos “cientistas”. O que propomos aqui vai neste sentido. Identificar, a partir da análise do discurso do direito, elementos que permitam demonstrar a existência de um sentido ideológico do discurso jurídico.

Neste caminho, analisamos no primeiro capítulo o Estado e o Direito na sociedade capitalista, bem como qual nossa compreensão de Poder Judiciário em sua relação com as teorias do estado e do direito.

No segundo capítulo passamos a investigar a ideologia em geral e especificamente a ideologia jurídica, buscando identificar os elementos, em uma perspectiva epistemológica e sociológica da crítica da ideologia jurídica.

Estes dois capítulos formam a primeira parte do trabalho, identificada como Crítica do Direito desde o ponto de vista Externo.

O capítulo terceiro versa sobre a possibilidade de defesa da prevalência do direito à moradia (substrato dos conflitos fundiários urbanos) frente ao direito de propriedade quando da ocorrência de uma colisão entre direitos fundamentais, em uma análise concreta do caso brasileiro. O arcabouço teórico é a obra de R. Alexy, de ampla aceitação no país e influência nos tribunais brasileiros.

No quarto capítulo analisamos as possibilidades infraconstitucionais do Poder Judiciário efetivar o direito à moradia em casos de conflitos fundiários, inclusive com a análise de questões referentes à reserva do possível e à discricionariedade administrativa.

No quinto capítulo estudamos uma experiência concreta, influência maior deste trabalho, que é a atuação do Escritório de Direitos Humanos e Assessoria Jurídica Popular Frei Tito de Alencar em Fortaleza-CE (EFTA). Priorizamos, dentre as diversas intervenções judiciais e extrajudiciais do Escritório, aquelas referentes aos conflitos fundiários urbanos e analisamos apenas as decisões judiciais, deixamos de lado diversos elementos sociais e políticos que compõem tais conflitos, trazendo à análise somente o indispensável. A razão disto é que uma análise completa da atuação do EFTA iria além dos objetivos da presente pesquisa.

Por fim, cabe destacar que a escolha de conflitos fundiários urbanos se dá devido à especificidade deste conflito: protegido constitucionalmente por um conceito aberto de função social da propriedade urbana; e alvo de um forte mecanismo ideológico que fortalece uma percepção de “invasores de terra” como criminosos. Além disso, é uma das mais sérias problemáticas das grandes cidades em nosso país.

PARTE PRIMEIRA

ANÁLISE DA IDEOLOGIA JURÍDICA APLICADA AOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS  
DESDE O PONTO DE VISTA EXTERNO

## **2 DIREITO E JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO COM O ESTADO**

A análise do Poder Judiciário deve implicar uma observação concreta de seu papel dentro do sistema do Estado, como um de seus órgãos, de importância igual ao Executivo e Legislativo. O presente momento político brasileiro indica cada vez mais um papel proeminente nos rumos de questões jurídicas de interesse geral, nas quais o Poder Judiciário é chamado a resolver.

Ademais, com o advento, durante o século XX, do Constitucionalismo e agora do neo-constitucionalismo, que no Brasil advém a partir da Constituição de 1988, uma nova forma de função parece ser destinada ao Judiciário, com sua participação na realização de políticas públicas sociais.

Porém, antes de adentrarmos concretamente o papel do Judiciário no Estado brasileiro, é preciso tecer alguns comentários, o suficiente para o objetivo do presente trabalho, sobre as teorias do Estado. De antemão, é preciso excluir a proposta de uma teoria do Estado absoluta e universal. O Estado, enquanto fenômeno histórico-dialético assume características diferentes em sociedades não iguais, porém, e é o que defendemos a seguir, mantém sua marca predominante enquanto Estado Moderno: sua característica de estado capitalista.

### **2.1 A teoria liberal do Estado e sua condição hegemônica no estudo do Judiciário**

Podemos estabelecer que a doutrina sobre o estado que logrou tornar-se mais aceita, política e academicamente, de forma que nos manuais de Direito e de Teoria do Estado é quase impossível não encontrá-la, ou mesmo verificar estudos de teorias divergentes.

A teoria liberal compreende as concepções de Locke, Hobbes, Rousseau e Smith. Surge da necessidade do grupo social dominante economicamente, porém, não politicamente, desencadear teorias que fomentassem uma nova proposta de organização política a suplantarem o Estado Absolutista, seus estratos, e sua concepção de poder divino. Apesar de não encontrarmos nesses autores um rompimento com a ideia de direito natural, em Locke a fonte do direito é explicitamente divina, o substrato teórico construído permitiu a consolidação política da sociedade burguesa.

A teoria clássica do Estado surgiu a partir da mudança das condições do poder econômico e político na Europa do século XVII. Como o sistema feudal, já transformado pelo desenvolvimento das monarquias centralizadas e autoritárias, declinava mais ainda, a existência dos mecanismos de limitação do Estado estabelecido e do Estado virtual (como a Igreja Católica, por exemplo) foi não somente questionada mas também atacada. O resultado foi uma série de guerras civis que devastaram a Europa no final do Século XVI e durante todo o século XVII. (CARNOY, 2004, p. 22)

A teoria liberal carrega consigo dois elementos que têm, até hoje, grande influência nas discussões acerca do Estado: os direitos individuais e o bem comum. A partir de uma concepção de sociedade civil que os homens estão entregues aos desejos e paixões, surge uma concepção de Estado como o instrumento que permitiria aos homens viver em sociedade.

A nova filosofia política que apareceu nos calcanhars dessa grande ruptura, centrada no indivíduo colocado acima dos direitos divinos, legitimou, dessa forma, novas bases de poder, novas relações entre os seres humanos e a própria essência humana. O poder e o conhecimento já não eram mais herdados pelo direito de nascimento; eram adquiridos (embora como veremos, isso não fosse inteiramente tão igualitário como pareceria à primeira vista). Agora, os direitos humanos eram uma nova versão do direito de nascimento. Além do mais, os teóricos clássicos conservaram a base “divina” para o exercício do poder: o bem comum. (CARNOY, 2004, p. 23)

De forma perfunctória iremos atravessar aspectos da teoria liberal, pois, de forma coerente com a metodologia aqui adotada, partimos de uma filosofia crítica do direito, alicerçados no materialismo histórico.

Os três teóricos que aqui iremos rapidamente comentar, para ficar mais claro a crítica operada principalmente pela análise marxiana e marxista posterior, são Hobbes, Locke e Rousseau. Daremos uma especial ênfase à teoria da propriedade privada em Locke e sua relação com o Direito e o Estado, como forma de demonstrar a relação das doutrinas liberais com a defesa do sistema capitalista.

### 2.1.1 *Thomas Hobbes e o positivismo jurídico*

Hobbes é herdeiro das tendências de sua época, o individualismo e o legalismo, o que resulta na busca pela cientificidade em sua doutrina jurídica, que, coerente com as tradições inglesas, estatui uma doutrina das fontes e das finalidades do Direito. Nasceu no final do século XVI, em 1588, estuda em Oxford, é filho de pastor. Viaja por um bom período, por França e Itália, conhece Bacon, Galileu, Descartes e Harvey. As circunstâncias históricas do período em que viveu marcam sua obra. Na Inglaterra nascia uma nova economia de mercado, substituindo a velha economia feudal. O surgimento da burguesia altera os papéis da sociedade, se opõe ao Absolutismo, apresenta um novo estilo de vida. Na política tinham as disputas entre os anglicanos e os católicos, a tentativa de restaurar o absolutismo, a revolta da Escócia, a ditadura de Cromwell (1659). As querelas religiosas influenciavam a política e havia o debate da fonte do poder. (VILLEY, 2005)

Tudo isso o influencia, e também sua formação religiosa, profundo conhecedor do evangelho, cristão, parecido com um Luterano. Procede a uma separação entre filosofia e

teologia. Porém, o que é determinante para sua filosofia é o encontro com a ciência moderna, com o sistema euclidiano, depois com o Método de Pádua de Galileu. Hobbes tenta passar o método da física galileana para a filosofia civil.

Hobbes busca em sua teoria demonstrar que o que determina as ações humanas são suas paixões e apetites. Tenta então chegar a uma forma de organização política – Estado – que permita aos homens usufruir de suas paixões sem proceder à autodestruição. Surge o Leviatã.

É importante frisar que Hobbes, assim como Locke e Rousseau, não formulou a teoria do Leviatã como forma de indicar que as disputas para controle do aparelho político levariam à sociedade a uma guerra interna. Pelo contrário, parte da concepção de *estado de natureza*, estágio da humanidade em que esta se encontra em uma permanente guerra de todos contra todos, sem estado, sem direito, sem regras morais ou qualquer forma de controle social. Mas onde existiu esse *estado de natureza*? Não existiu. A ida ao Leviatã significa abrir mão dos direitos naturais, principalmente o de liberdade.

Por essa razão há uma tensão entre preservar a liberdade vantajosa no estado de natureza e o medo da violência e da guerra, que logicamente esse estado produz. Isso leva à renúncia do poder do indivíduo em favor do soberano. Os homens devem, em seu próprio interesse, reconhecer total obrigação para com o soberano. Esse soberano (ou um indivíduo ou um grupo de homens) reduziria todos os súditos à impotência. Hobbes, porém, se opõe a essa colocação sob dois aspectos: primeiro, a sujeição é melhor do que a guerra civil (a morte), e, segundo, não seria do interesse do soberano fazer isso a seus súditos porque a força do soberano provém do vigor dos súditos. (CARNOY, 2004, p. 26)

Hobbes não logrou êxito em elevar sua teoria à prática, porém, a concepção de estado de natureza vigorou com força no pensamento político liberal, mesmo que como justificação hipotética de uma teoria do Estado.

A preocupação com a política e a defesa do Absolutismo é corrente em Hobbes. Funde-se em sua doutrina filosófica política e filosofia do direito. De seu sistema ergue-se vitoriosa a lei como fonte soberana do Direito, e com ela, o positivismo jurídico. Hobbes pode ser considerado um dos fundadores do Direito Subjetivo Moderno, passando pelas concepções que o sucederam, superando o problema da moral, presente no Estoicismo e buscando identificar a fonte do Direito Subjetivo, busca construir uma ciência social com o método da física moderna, separando de vez os aspectos teológicos e morais de suas concepções jurídicas.

A ciência que Hobbes busca construir é utilitarista, orientada para fins práticos, não busca saber o que as coisas são, mas sim o porquê das coisas. Rompe com a tradição aristotélica. Compreende a paz como o maior dos bens e a guerra como o maior dos males,

sua teoria científica buscará então chegar à prática que permite a construção da felicidade a partir da paz. Enquanto Aristóteles tinha por método estudar os conjuntos e sua ontologia, Hobbes os decompõe e estuda as singularidades, passando a reconstrução a partir dos indivíduos, já que a singularidade na análise da sociedade é o indivíduo.

A compreensão do Direito Subjetivo (ou do indivíduo) em Hobbes (*jus* ou *right*) precisa ser compreendida dentro da hipótese do Estado de Natureza, pois é daí inferido, porém de maneira diferente de Aristóteles. Primeiro, o Estagirita extrai o direito da observação dos grupos sociais, numa compreensão das sociedades como naturais, em que o direito individual seria a extração de cada parte ideal da partilha social dos bens. Para Aristóteles a lei natural é a fonte principal do Direito. Já em Hobbes, no estado de natureza não há sociedade, nem leis que regem as relações sociais. No Estado de Natureza apenas existe uma lei moral (não jurídica) que indica aos homens, através de suas consciências, a agir segundo a razão para preservação de sua própria natureza, da sua vida, de se apoderar de todos os bens exigidos para o fim de sua preservação. Para Hobbes, o direito vem do indivíduo, identificado como a singularidade de seu método científico, não da lei natural aristotélica. (VILLEY, 2005)

Outra distinção é que em Aristóteles o direito é a parte que corresponde a cada um. Em Hobbes não há parte de cada um no Estado de Natureza, o Direito seria uma tributo do sujeito, sua qualidade essencial. Hobbes separa direito e lei, a lei é instituída por uma autoridade suprema, o direito individual (ou subjetivo) é uma *libertas* não uma *obligatio*. Esse direito é infinito no estado de natureza, corresponde a fazer tudo que nossa razão entender. Quando existe a passagem para o estado civil (leviatã) esse caráter infinito persiste, compreendido na fórmula, tão comum ao direito de propriedade, usar, gozar, e dispor da coisa. (VILLEY, 2005)

A lei, que Aristóteles identifica como a que regula as sociedades, no Estado de Natureza é lei interna, não jurídica, existe na razão de cada um. Por conta disso o núcleo do sistema jurídico hobbesiano é a noção de direito subjetivo (individual), pois é com o pacto entre os homens, que cria o Leviatã, que se funda toda a ordem jurídica positiva e é fonte de todo o direito. E o pacto só é possível por que os homens têm o direito subjetivo a renunciar ao direito próprio, exercendo assim seu direito individual em prol do estado civil, do leviatã. A partir dessa noção de direito subjetivo, individual, surge todo o arcabouço jurídico da teoria de Hobbes, que no ápice encontra-se a regra maior de não descumprimento do pacto. A concepção de direito subjetivo no Estado de Natureza não deixa de ser uma concepção de direito natural, fundada na razão.

No Estado Civil, o direito natural do indivíduo subsiste e trata-se do direito do príncipe à soberania ilimitada. O Príncipe pode tudo. É um direito subjetivo seu, exclusivo. Quanto aos cidadãos, estes mantêm seu direito à liberdade de consciência, e de legítima defesa. Hobbes defende, sem dúvida, o regime monárquico absolutista. Sua filosofia do direito volta-se para essa proposta política.

O direito privado é mais presente na obra de Hobbes que o direito público. Isso tem uma explicação: ao renunciar de seus direitos naturais para o soberano, os cidadãos ganham os direitos civis, que o soberano, sabiamente, divide os direitos de cada um. Esses direitos são emanados do sujeito, não da lei, o soberano apenas limita à esfera de cada um, mas sua fonte é o indivíduo. A lei é oriunda do pacto, que deriva dos indivíduos, portanto, a fonte da lei, é o direito dos indivíduos. O Direito subjetivo não transforma em parte de cada um, continua sendo, como no Estado de natureza, atributo do indivíduo. É um poder, infinito, limitado apenas pela lei do Soberano. Ex: o indivíduo pode ocupar qualquer terra que a lei não reservou a outro cidadão. Em consonância com a ordem econômica mercantil da época, os direitos ganham as seguintes características:

Primeiro, a vantagem de tornarem-se exclusivos: nos limites a que agora a lei os restringe (não se aplicam mais a “todas as coisas”), são “próprios” de seu titular; a linguagem de Hobbes faz a síntese (no estágio da vida política) dos dois termos, distintos em Roma, de *jus* e de *proprietas* (property), e de um terceiro termo ainda, *dominium*: é o controle absoluto do proprietário, agora reconhecido como um direito, que se vê zelosamente protegido de qualquer intrusão alheia – esse controle ao qual o egoísmo natural dos indivíduos aspirava desde as origens. Em segundo lugar, o direito civil pode agora repousar sob a proteção do Estado. Na sua consciência precisa, determinada pela lei (consistência que se tornou certa e que os juízes não poderão mais pôr em questão em nome da justiça), está doravante garantindo pela força pública. Ei-lo doravante sancionado (o que será o critério do jurídico no sistema de pensamento moderno). No lugar daquele direito inútil que era o *jus in omnio* do Estado de Natureza, tem-se agora para o proprietário um valor seguro e consistente, no lugar de uma perspectiva ilusória, uma realidade. Para continuar a se exprimir na linguagem de Hegel, a vantagem do Direito civil é que ele é o direito da natureza que se tornou *wirklich*, efetivo, ao preço de alguns sacrifícios. (VILLEY, 2005, p. 649)

A passagem do Estado de natureza para o estado civil em Hobbes não é uma cisão, não é diacrônica e sim sincrônica. Há uma forte ligação entre os dois estados. A mudança dos status dos direitos subjetivos diz respeito às finalidades de promoção, realização e segurança desses direitos. Dessa forma, a preocupação é como cada um pode gozar de seu direito. Não

há em Hobbes preocupação com justiça social, justiça distributiva. Talvez seja o motivo de tão bem suas idéias serem utilizadas pela ascendente burguesia, na fundamentação de sua ordem econômica mercantil. É a ambiguidade hobbesiana, defensor da monarquia absolutista e encantado com a forma de vida burguesa.

O sistema jurídico de Hobbes é uma ciência dos direitos subjetivos. Porém, alguns pontos fracos foram opostos à Hobbes. Primeiramente a ausência de qualquer concepção de justiça social. Segundo a onipotência do príncipe. Os direitos só são protegidos face ao particular, já que o príncipe tudo pode. Nem resistir os súditos podem, já que seria a queda do pacto. É a mais forte defesa do absolutismo, possivelmente receoso das alternativas advindas do período de guerras que vivenciou, identificando aí um período anárquico. Um erro fatal da teoria hobbesiana é fundar o direito no individualismo, no nominalismo, excluindo a natureza política do homem, para citarmos Aristóteles. (VILLEY, 2005, p. 651).

Hobbes enterra o direito natural e o substitui pelo Direito Subjetivo, que se torna a noção básica da ciência jurídica moderna. A ordem jurídica hobbesiana tem como fonte a lei, sendo importante destacar qual o sentido de lei em Hobbes. Lembramos que em Hobbes há o direito natural individual, e as leis civis – sistema jurídico positivo – existente no estado civil, que limita o direito subjetivo, apesar de dele ser decorrente.

Na antiguidade clássica a lei é uma lei natural não escrita. Para Aristóteles o justo é o que é conforme a lei. Em São Tomás a lei é a razão do justo. Lei aí não é lei escrita, e sim a ordem da natureza. Para o Estoicismo a lei não é a estrutura da natureza e sim um preceito disposto espiritualmente no mandamento moral. Para o Nominalismo a lei não procede da ordem da natureza e sim dos indivíduos, a lei é obra de uma autoridade soberana, primeiro Deus, depois o príncipe. Hobbes prefere utilizar a palavra *jus* para o estado de natureza e lei para o estado civil, diferente de Aristóteles, que utilizava lei para ordem da natureza. Uma das definições de lei para Hobbes no *Leviatã* é: a lei civil é a regra que a *pólis*, por um sinal de sua vontade, impõe a cada cidadão.

A lei é algo emanado de uma autoridade, com forma expressa, geralmente por escrito. A função da lei é obrigar (Hobbes aproxima os termos *Lex* de *Law*). O Direito subjetivo é poder, a lei é ordem. A doutrina das fontes do direito de Hobbes reconhece a lei como obra de uma autoridade, disposta de forma expressa, e que deve ser reconhecida por todos. Hobbes inaugura a criação da lei, da ordem jurídica, pelo Estado.

Porém, apesar do seu positivismo, a lei natural cumpre importante papel no sistema jurídico hobbesiano. A lei natural em Hobbes é quase uma tendência, não é uma lei propriamente dita, é um comportamento de acordo com a lei moral divina. A regra essencial da lei natural é preservar a si mesmo, prosperar, desenvolver-se. No *Leviatã* existe uma lista dessas leis: perseguir a paz; convivência social sem violência (mesmo que signifique abandonar o direito natural); gratidão, perdão, abster de orgulho e arrogância. Isso se dá pela influência estoíca em Hobbes, que constrói além de seu sistema lógico jurídico, um sistema moral: ser sociável, cumprir promessas, viver em paz com seus conviventes; realizar seus deveres. O resumo do conteúdo moral é a máxima do evangelho: não fazer ao outro o que não queres que te façam. A lei natural vincula o indivíduo perante Deus ou perante ele mesmo. Dessa forma, não se tem como construir um sistema social baseado numa lei natural que não vincula juridicamente. A lei da natureza é uma lei moral, não jurídica. Para Hobbes, a lei natural cumpre importante papel nas ações humanas, mas o próprio nega sua juridicidade, abandona, portanto, o paradigma jus-naturalista e se dedica a edificar o positivismo.

A lei natural que reza o mandamento de auto-preservação diz aos homens que devem abandonar a lei natural e dispor seus direitos naturais para a construção do *Leviatã*, através do pacto, que deve ser preservado por fundamento na lei natural de que os pactos devem ser preservados, que as promessas devem ser cumpridas, e o pacto originará o estado civil, com as leis civis e o positivismo. Através da autoridade suprema, o soberano, o príncipe, as leis civis ganham juridicidade, coercitividade e sanção, se tornando leis propriamente ditas.

Entendendo o direito como um sistema de relações sociais, de obrigações e de direitos claramente definidos, não pode ser produto da lei natural e sim da lei civil humana positiva. Villey considera Hobbes o fundador do Positivismo, e resume o movimento de superação do direito natural:

- Primeiro, por uma mudança de filosofia (já operada pelo estoicismo e pelo nominalismo cristão, as duas grandes forças que se abebera a jurisprudência humanista) abolir a antiga concepção cósmica de lei natural, a de Aristóteles, que, designando a própria ordem das sociedades, era a fonte autêntica do Direito.

-Em segundo lugar, tomar consciência de que a nova lei natural, de tipo cristão ou estoíco, colocada no lugar da lei natural clássica e que não é mais extraída da natureza cósmica, mas da natureza “humana” e individual, era, ao contrário, desprovida de qualquer fecundidade jurídica; e que, portanto, era forçoso renunciar às ilusões de Grócio e da escola racionalista. Uma vez modificado o sentido da palavra lei, foi preciso aceitar as consequências.

-E, em terceiro lugar, a partir dessa lei natural, mas dialeticamente, por um salto para fora do regime da “natureza”, como produto substituto, construir um sistema das fontes da ordem jurídica. (VILLEY, 2005, p. 655)

As idéias de Hobbes não foram aceitas, sua fundamentação do sistema jurídico baseado no nominalismo, não logrou um direito justo, e sim cada vez forjou um Leviatã mais solitário. Os juristas da Inglaterra preferiram Coke a Hobbes, conservaram a *Common Law*, e a certa independência do juiz à lei. Várias críticas foram feitas, como a instituição do monopólio do direito estatal; a onipotência do soberano; o esquecimento da justiça social, o que levou à rejeição do sistema enquanto teoria política, e sua adoção enquanto fundação do positivismo jurídico e da moderna ciência jurídica.

### **2.1.2 Locke e a propriedade privada como princípio fundamental do Estado**

Locke parte da mesma concepção de estado de natureza hobbesiano, porém, alerta que esse estado pode tornar-se um estado de guerra. A sociedade política nasce então para que os homens possam organizarem-se contra o estado de guerra.

O que é importante para Locke é que os indivíduos entregam seu poder político “natural” a outrem – a um poder legislativo, a um grupo de homens ou a um único homem, que elaborará e fará cumprir as leis que mantenham a propriedade de cada indivíduo e a sua segurança pessoal. Mas esse poder político nacional ainda reside nos indivíduos que compõe a sociedade civil – aqueles que o delegam a outrem para que os governem. Quer esse outrem seja um monarca ou um corpo legislativo eleito, o poder lhes é dado somente enquanto eles cumprirem a sua função protetora, governando com justiça os membros individuais da sociedade civil. (CARNOY, 2004, p. 29)

Em Locke encontramos a mais pura definição de uma organização política voltada para a defesa dos direitos individuais, porém, aparenta que os despossuídos de propriedade são excluídos da sociedade política lockeana.

Na visão de Locke, os indivíduos que têm direitos políticos são todos proprietários, um grupo relativamente homogêneo. O Estado (poder legislativo e executivo) é o poder dado por esses proprietários individuais, para proteção de sua propriedade e de si mesmos. Se o Estado não cumprir seu mandato, os membros da sociedade civil têm o direito e o poder para dissolvê-lo. O legislativo e o executivo têm poder político enquanto refletem a vontade dos membros individuais (proprietários-posse) da sociedade civil, na qual reside o verdadeiro poder político. (CARNOY, 2004, p. 30)

É imprescindível também compreender a concepção de “estado de natureza” em Locke, tratado como “um estado de total liberdade para ordenar-lhes o agir e regular-lhes as posses e as pessoas de acordo com sua conveniência, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem.” (LOCKE, 1988, p. 90)

Outro conceito que surge ao descrever o estado de natureza é o da lei da natureza, verdadeiro imperativo do sistema de Locke: o estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a

consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicá-los na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses.

Fica claro em Locke que a lei da natureza é de origem divina, ou nas suas palavras, do Artífice onipotente, e a razão é essa lei. Para Locke, todos os homens devem agir conforme a razão, e consultá-la em suas decisões. Apesar de ser devida obediência à lei da natureza, o estado de natureza teria um grave inconveniente, que resulta da não subordinação entre os homens, estando a execução da lei da natureza nas mãos de todos os homens.

Dessa forma, no estado de natureza as relações entre os homens ficam desiguais, pois um pode conseguir impor seu poder sobre o outro. Mas Locke adverte que isso não é absoluto, pois

não é poder absoluto e arbitrário para lidar com um criminoso, quando o tenha apanhado, segundo a cólera de suas paixões ou a extravagância da própria vontade; mas apenas para revidar, de acordo com os ditames da razão ponderada e da consciência, o que seja proporcional à transgressão, isto é, tanto quanto possa servir de reparação e restrição; e esses dois motivos são os únicos que autorizam legitimamente a um homem fazer mal a outro, o que implica o que chamamos “castigo”. (LOCKE, 1998, p. 88)

Outro conceito importante é o de estado de guerra como condição de inimizade e destruição, e que ocorre quando há risco à vida de alguém, seja por ações ou palavras. Tal ação pode resultar uma justa reação, que é a de exterminar o risco que existe para a existência do indivíduo.

O estado de guerra é agravado quando existe no estado de natureza, pois ante à ausência de leis positivas que limitem os indivíduos, e perante à ausência de um juiz, ato a realizar a solução da demanda, a vítima pode, enquanto durar a ofensa, resistir e buscar a reparação dos danos.

Dentro do contexto para compreendermos o sistema de Locke surge a liberdade, compreendida de duas formas: 1) como liberdade natural, não estando o sujeito vinculado a qualquer poder terreno, nem a nenhum homem, sendo a única regra a lei da natureza; 2) liberdade dentro do governo, com leis permanentes que regulam as condutas, liberdade de agir e fazer o que não é proibido pela lei; e não sofrer restrição indevida.

Especificamente quanto à propriedade, Locke considera o trabalho como força geradora da propriedade, que faz com que o homem se aproprie da terra e de seus frutos, propriedade de todos segundo a lei da natureza.

O trabalho de teus braços e a obra das suas mãos, pode-se afirmar, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire da natureza no estado em que lhe forneceu e no

qual o deixou, mistura-se e superpõe-se ao próprio trabalho, acrescentando-lhe algo que pertence ao homem e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. Retirando-o do estado comum em que a natureza o colocou, agregou-lhe com seu trabalho um valor que o exclui do direito comum de outros homens. Uma vez que esse trabalho é propriedade exclusiva do trabalhador, nenhum outro homem tem direito ao que foi agregado, pelo menos quando houver bastante e também de boa qualidade em comum para os demais. (LOCKE, 1998, p. 90).

A propriedade, porém, não é ilimitada. Ela cumpre uma determinada função, relacionada com a capacidade de apropriação do indivíduo, que não pode se apropriar do que pode utilizar sem desperdiçar.

Podemos fixar o tamanho da propriedade obtida pelo trabalho pelo tanto que podemos usar com vantagem para a vida e evitando que a dádiva se perca; o excedente ultrapassa a parte que nos cabe e pertence aos outros. Deus nada criou para o homem desperdiçar e destruir. E se considerarmos a abundância das provisões naturais existentes durante muito tempo no mundo, e quão poucos eram os que dela usufruíram, e quão pequena era a parcela dessa provisão a que podia estender-se o cuidado de um homem, açambarcando-a em prejuízo de outrem, especialmente se se mantivesse dentro dos limites do razoável quanto a que lhe pudesse ser útil, pouco teria por que lutar e discutir sobre a propriedade assim estabelecida. (LOCKE, 1998, p. 92)

Continuando:

A extensão de terra que um homem lavra, planta, melhora, cultiva e de cujos produtos desfruta, constitui a sua propriedade. Pelo trabalho, digamos, destaca-a do que é comum. Nem anulará este direito ao afirmar que qualquer outro teria igual direito a essa extensão de terra, não sendo, pois, legítimo àquele apropriar-se ou fechá-la sem o consentimento dos demais membros da comunidade. (LOCKE, 1998, p. 92)

A regra principal da propriedade em Locke é que o homem deve possuir o que possa utilizar. A deterioração da terra e de seus produtos, por ser uma dádiva divina, é contrária à lei da natureza. O trabalho é que dá valor as coisas. O trabalho sobre o que é comunitário transforma a coisa, dá-lhe valor, e torna-se propriedade do indivíduo.

A ressalva ao princípio do bom uso é quanto aos bens duradouros, como metais e o próprio dinheiro. Não haveria aí uma deterioração, pelo que é justo, segundo a lei da natureza, acumular esses tipos de bens. Em síntese:

Parece-me, pois fácil entender como o trabalho pôde, de início, dar início ao direito de propriedade sobre o que havia de comum na natureza, e como este direito era limitado pelo próprio uso. De sorte que não havia motivo para controvérsia quanto ao direito, nem qualquer dúvida quanto à extensão da posse que ele conferia. O direito e a conveniência eram inseparáveis. Como o homem tinha direito a tudo que fosse capaz de aplicar o próprio trabalho, não sofria a tentação de trabalhar para obter mais do que pudesse utilizar. Estas circunstâncias não deixavam margem a controvérsia sobre o direito, nem sobre a usurpação do direito de terceiros; era fácil verificar o quinhão que um homem separava para uso próprio, e era inútil, além de desonesto, se apossar em demasia ou tomar para si mais do que necessário. (LOCKE, 1998, p. 95)

Locke pensa a propriedade a partir do trabalho, como a força que dá valor às coisas. Pensa numa propriedade limitada, que deve cumprir uma função social de não existir apossamento daquilo que não é necessário ao indivíduo.

Por outro lado, Locke parece não considerar a comunidade como núcleo do trabalho, pensa a partir do indivíduo em seu esforço individual. Sua própria lei da natureza nos força a raciocinar que os homens aprendem em conjunto, e que não é razoável considerar que, uma vez aprendido em conjunto, suas apropriações são individualizadas, pois aqui nos parece que o princípio comunitário deveria ser o primordial.

Além disso, ao possibilitar a apropriação em demasia dos bens duráveis, especialmente metais e dinheiro, parece que Locke cria o monstro que o devora. Em uma sociedade de desenvolvimento capitalista, essa solução (tida em Locke mais como exceção) se torna regra, ou melhor, se torna o mais importante.

Dessa forma, apesar de não linearmente considerada como entendemos a propriedade hoje, a propriedade em Locke realmente constitui uma das bases do liberalismo moderno, baseado em três fundamentos: 1) o aspecto individual em detrimento do comunitário; 2) à exceção à apropriação excessiva; 3) a questão do valor agregado do trabalho que foi apropriado pelo discurso liberal como sinônimo do indivíduo trabalhador.

### ***2.1.3 Rousseau e o rompimento com o estado de natureza hipotético***

A partir de um método que procura identificar na sociedade civil não um estágio hipotético, Rousseau busca descrevê-la como se apresenta na realidade.

Para Rousseau, ao contrário, e em contraste com outras teorias do contrato social daquela época, a sociedade civil é uma descrição do modo como os homens são atualmente encontrados em sociedade e não como uma realidade. Por isso ele postulou exatamente a dicotomia antagônica entre natureza e sociedade civil: Rousseau viu o homem na natureza como sem moralidade, mas ao mesmo tempo sem maldade; o homem é corrompido não pela natureza, mas pela posse da propriedade e pela formação da própria sociedade civil. É a sociedade civil que é corrupta e a natureza é um ideal pré-humano. (CARNOY, 2004, p. 31)

Corretamente viu que o processo de surgimento da propriedade privada acabou por gerar a necessidade de uma organização política que mantivesse o sistema de desigualdade baseado na propriedade privada.

O primeiro homem que, após cercar um pedaço de terra, se lembrou de dizer: isto é meu, e encontrou pessoas simples o bastante para acreditarem nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, quantas guerras, quantos assassinatos, quantas desgraças e horrores teria poupado para a espécie humana aquele que, arrancando as estacas ou atulhando o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: guardai-vos de ouvir esse impostor; estais perdidos se vos esqueceis de que os frutos

da terra pertencem igualmente a todos nós, e de que a própria terra é de ninguém!  
(ROUSSEAU *apud* CARNOY, 2004, p. 31)

Deu um importante passo para o reconhecimento do caráter classista do Estado, identificando o “homem rico” como seu principal beneficiário.

O homem rico, dessa forma, pressionado pela necessidade concebeu finalmente o plano mais perspicaz que já passou pela mente humana: ou seja, empregar em seu favor as próprias forças que o atacavam, fazer de seus inimigos aliados, inspirá-los em outras máximas e fazê-los adotar outras instituições que o favorecessem em suas pretensões, tanto quanto a lei da natureza era desfavorável a ele..., “Vamos nos unir”, disse-lhes o rico, “para proteger o fraco da opressão, refrear os ambiciosos, e garantir a todo homem a posse do que lhe pertence...”. Alegremente todos ofereceram seus pescoços ao jugo, pensando que estavam protegendo sua liberdade; embora tivessem inteligência suficiente para perceber as vantagens de uma constituição política, não tinham experiência suficiente para ver de antemão os perigos disso. Aqueles dentre eles que estavam mais bem qualificados para prever os abusos eram exatamente os que esperavam beneficiar-se dele. (ROUSSEAU *apud* CARNOY, 2004, p. 32)

Porém, apesar de identificar os aspectos de dominação presentes na organização estatal, Rousseau aponta para a atuação do estado segundo uma vontade geral. Poderíamos ter assim que a vontade geral criasse leis que dividiriam os homens com base na desigualdade real. Mas, na realidade, o Estado e o Direito fomentavam uma divisão social baseada em classes, e não uma divisão das aptidões pessoais de cada um. A análise da realidade coloca abaixo a tese da vontade geral.

Rousseau fundamenta o contrato social, fundação da sociedade política, do Estado, em um ato de vontade direcionado como vontade geral e defende a propriedade como uma das vantagens desse contrato.

Se, portanto, colocarmos aparte tudo o que não está na essência do contrato social, acharemos que ele pode ser reduzido aos seguintes termos. Cada um de nós coloca a sua pessoa e todo seu poder em comum sob a suprema direção da vontade geral e recebemos em conjunto cada membro como uma parte indivisível do todo. (...) O que o homem perde com o contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que tenta e que ele possa conseguir; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que ele possui. (ROUSSEAU *apud* CARNOY, 2004, p. 33)

Nas concepções acima descritas, a propriedade privada é o núcleo de fundamentação da organização política, que direciona os direitos individuais e a atuação do Estado para sua defesa. Como consequência é uma formulação de estado dirigida aos proprietários. A abstração, a criação hipotética de um estado de natureza, serviu apenas para não analisarmos a realidade concreta, em que homens são diferenciados por um modelo de organização social que afunila a sociedade em classes antagônicas. Esse é o objeto da crítica marxiana e marxista do Estado liberal.

## 2.2 O Estado Moderno em uma perspectiva das classes sociais

A teoria clássica parte de situações hipotéticas para construir um modelo de estado que visa proteger a propriedade privada e os direitos individuais, em uma perspectiva de consolidação do domínio burguês, nascente naquele momento.

De uma forma geral, esta é a teoria do estado dominante nos manuais jurídicos, compreendendo o Estado como representação de toda a sociedade, buscando o bem comum como finalidade. De uma forma geral<sup>2</sup>, a partir da construção histórica do Estado Democrático de Direito, teremos a consolidação do modelo constitucional de organização estatal, que tem na democracia parlamentar, no Executivo e no Judiciário a forma de sua repartição de poderes.

Passamos a expor a crítica à teoria clássica sob a perspectiva da vinculação do surgimento do estado com o surgimento das classes sociais. De uma maneira geral, Engels inaugura essa corrente, analisando a obra de Morgan sobre a organização gentílica. Na obra *O surgimento da família, da propriedade privada e do estado*, Engels busca demonstrar como a desintegração dos elementos que compuseram as *gens* – *expressão que designa o agrupamento humano com origem comum* – acabaram por fomentar a constituição do Estado.

De uma maneira geral as gens organizavam-se a partir da propriedade comunal, com a produção das necessidades realizada por cada família em um regime que não necessitava da troca para garantir a todos seu sustento. De igual modo, não existia divisão do trabalho entre os que “comandam” e os que “obedecem”. A divisão era baseada em atividades, e de nenhum modo era base para a desigualdade entre os indivíduos.

O primeiro elemento de desintegração da sociedade gentílica é a substituição, paulatina, da propriedade comunal pela privada. Isso fez gerar a situação de que nem todos agora poderiam produzir tudo o que precisavam, pois as terras e instrumentos de produção (ferramentas) começaram a ser apropriados por poucos. É o início do surgimento das classes sociais.

Enquanto os homens pertenciam à comuna não existia a necessidade deles se dividirem em classes, já que não haviam ideais contrapostos, na exata medida em que os objetivos eram todos comunitários. Porém, a partir da propriedade privada e da divisão do trabalho, as famílias deixaram de ser autossuficientes, só conseguindo sobreviver ao trocarem os produtos que tinham em excesso por aqueles que não produziam. Tal fato fez com que o interesse pessoal adentrasse na dinâmica da sociedade primitiva. Não se produzia mais para ajudar a gens, ao contrário, os produtos eram feitos no interesse de serem trocados por outros melhores, fato que

---

<sup>2</sup> Do ponto de vista ocidental.

levou o *homo gentilicus* a ceder o lugar ao *homo oeconomicus*. (BASTOS, 2012, p. 45)

A divisão social do trabalho aliado com a propriedade privada contribuiu decisivamente para a substituição do modelo comunal pelo da estratificação social mediado pelo Estado.

(...) Faltava (...) uma instituição que não só protegesse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica, que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e declarasse essa consagração como a finalidade mais elevada da comunidade humana, mas também imprimisse o selo do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam uma sobre as outras e, portanto, a acumulação cada vez mais acelerada das riquezas; uma instituição que não perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar aquela que pouco ou nada possuía e a dominação da primeira sobre a segunda. Essa instituição nasceu. Foi inventado o Estado. (ENGELS apud BASTOS, 2012, p. 52)

Engels parte assim do estudo das sociedades humanas para afirmar que o Estado, que nem sempre existiu na história, precisou ser criado como forma de mediar as contradições surgidas da constituição da sociedade em classes sociais. Rompe com o contratualismo e sua hipóteses de estado de natureza. A partir da identificação do surgimento do Estado erige-se a crítica ao Estado Moderno como forma de dominação de classe.

### **2.2.1 O Estado Moderno e a crítica de Marx, Engels e Lenin**

Hegel construiu uma teoria do Estado que coloca este como fundamento da sociedade civil. O Estado age como fundador da sociedade civil. É um estado racional, ético e moral.

Hegel restabelece plenamente a distinção entre Estado e sociedade civil formulada pelos pensadores do Século XVIII, mas põe o Estado como fundamento da sociedade civil e da família, e não vice-versa. Quer dizer que, para Hegel, não há sociedade civil se não existir um Estado que a construa, que a componha e que integre suas partes; não existe povo se não existir o Estado, pois é o Estado que funda o povo e não o contrário. É o oposto da concepção democrática, segundo a qual a soberania é do povo, que a exprime no Estado, mas o fundamento da soberania fica sempre no povo. (GRUPPI, 1980, p. 24)

É o Estado elevado a espírito geral da sociedade, um Estado eterno, a-histórico, concepção que Marx duramente critica.

Em primeiro lugar, Marx considerava as condições materiais de uma sociedade como a base de sua estrutura social e da consciência humana. A forma do Estado, portanto, emerge das relações de produção, não do desenvolvimento geral da mente humana ou do conjunto das vontades humanas. Na concepção de Marx, é impossível separar a interação humana em uma parte da sociedade da interação em outra: a consciência humana que guia e até mesmo determina essas relações individuais é o produto das condições materiais – o modo pelo qual as coisas são produzidas, distribuídas e consumidas. (CARNOY, 2004, p. 65)

Para Marx a sociedade é que molda o Estado, é a análise concreta do Estado na forma como se encontra organizado socialmente que permite identificar que o mesmo não é

compreendido a partir do idealismo hegeliano, ou do hipotético Estado de Natureza da teoria clássica.

Em segundo lugar, Marx (novamente em oposição a Hegel) defendia que o Estado, emergindo das relações de produção, não representa o bem comum, mas é a expressão política da estrutura de classe inerente à produção. Hegel (e, como vimos, Hobbes, Locke, Rousseau e Smith) tinha uma visão do Estado como responsável pela representação da “coletividade social”, acima dos interesses particulares e das classes, assegurando que a competição entre os indivíduos e os grupos permanecessem em ordem, enquanto os interesses do “todo” social seriam preservados nas ações do próprio Estado. Marx veio a rejeitar essa visão do Estado como o curador da sociedade como um todo. Uma vez que ele chegou a sua formulação da sociedade capitalista como uma sociedade de classes, dominada pela burguesia, seguiu-se necessariamente a sua visão de que o Estado é a expressão política dessa dominação. Na verdade, o Estado é um instrumento essencial da dominação de classes na sociedade capitalista. Ele não está acima dos conflitos de classes mas profundamente envolvido neles. Sua intervenção no conflito é vital e se condiciona ao caráter essencial do Estado como meio de dominação de classe. (CARNOY, 2004, p. 67)

Marx e Engels identificam que o Estado ergue-se a partir de uma estrutura social preenchida por desigualdades materiais que geram as classes sociais. Não tratamos apenas de desigualdades inerentes à humanidade, relativas às habilidades, mas de distribuição desigual das riquezas produzidas socialmente, em um processo que concentra a combinação da propriedade privada, da divisão social do trabalho e do Estado, como mediador e legitimador desse padrão social.

O terceiro ponto fundamental na teoria do Estado de Marx é que, na sociedade burguesa, o Estado representa o braço repressivo da burguesia. A ascensão do Estado como força repressiva para manter sob controle os antagonismos de classe não apenas descreve a natureza de classe do Estado, mas também sua função repressiva, a qual, no capitalismo, serve à classe dominante, à burguesia. (...) De acordo com Marx e Engels, o Estado aparece como parte da divisão de trabalho, isto é, como parte do aparecimento das diferenças entre os grupos na sociedade e da falta de consenso social. (CARNOY, 2004, p. 70)

Vamos um pouco além de Carnoy. O Estado não representa apenas diferenças e falta de consenso social, mas uma profunda estrutura de dominação, desde o aparato democrático (basta lembrar os requisitos para o exercício da democracia no início do século, excluindo mulheres e não proprietários) até o sistema de justiça.

É importante destacar que a Teoria Clássica não descarta o caráter repressivo deste. Não é uma novidade em Marx. O que é novo é identificar o Estado com o surgimento das classes sociais, descortinando a “busca do bem comum” como um de seus objetivos, aparentando uma sociedade que está em paz interna enquanto é corroída por uma guerra profunda entre seus estratos.

Diante de um “Estado de classe” Marx afirma que não é possível à classe dominada apenas “tomar o estado”, sendo preciso destruí-lo. A análise é profunda. É preciso partir da

existência de uma estrutura econômica, que molda o aparato estatal de tal forma que sua estrutura e modo de funcionamento está voltado para a manutenção do sistema capitalista. Seria preciso avançar em direção à democratização real (material) do estado, com o estabelecimento de uma assembleia única, executiva e legislativa, sob controle popular. A partir daí, ainda utilizando o estado burguês, seria produzido outro estado radicalmente democrático, socialista, que serviria de transição ao comunismo. Marx denominou-o Ditadura do Proletariado.

Um estrato social que teve destaque nas análises marxianas sobre o Estado foi a burocracia. A partir da Análise do Estado Bonapartista e da Comuna de Paris, Marx considera que a burocracia cumpre o papel de gerir o Estado, dissimulando a dominação imposta pela burguesia, com uma aparência de vontade geral. Além disso, poderia cumprir o papel, momentâneo, de influir diretamente na política, quando as classes encontram-se sem capacidade de dirigir o Estado em determinado momento.

Portanto, há para Marx e Engels, dois níveis de autonomia do Estado. No primeiro – a condição “normal” -a burocracia do Estado tem alguma autonomia frente à burguesia devido à aversão inerente da burguesia em atuar diretamente no aparelho do Estado e devido aos conflitos entre os capitais individuais (exigindo uma burocracia independente que pode atuar, como executora, para toda a classe capitalista). Assim, nas condições normais do Estado burguês, a burguesia atribui a tarefa de gerenciar os negócios políticos da sociedade a uma burocracia (que não é burguesia ou os capitais individuais), mas esta burocracia – em contraposição às primeiras formações sociais – está subordinada à sociedade e à produção burguesas.

(...)

No entanto, esta burocracia degradada ainda luta pelo poder (...). Atinge-se o segundo nível de autonomia quando a luta de classes é “congelada” pela incapacidade de qualquer classe em demonstrar seu poder sobre o estado. Essa situação histórica “excepcional” permite que a burocracia ganhe autonomia frente ao controle de classes. Não é dominada por nenhuma classe dominante na sociedade civil. Mas, mesmo neste caso, o poder do Estado depende das condições políticas numa sociedade de classes. (CARNOY, 2004, p. 76)

Na análise marxiana o Estado capitalista deve definhir, para dar local a outro, de controle proletário. Essa transição é analisada minuciosamente por Lenin na sua obra O Estado e a Revolução. Escrito em pleno auge da Revolução Bolchevique, a obra foca no papel do Estado durante o processo revolucionário, no caso soviético. Sobre o “definhamento do Estado” Lenin, citando Engels é elucidativo:

O proletariado se apodera da força do Estado e começa por transformar os meios de produção em propriedade do Estado. Por esse meio, ele próprio se destrói como proletariado, abole todas as distinções e antagonismos de classe e, simultaneamente, também o Estado, como Estado. A antiga sociedade, que se movia através dos antagonismos de classe, tinha necessidade do Estado, isto é, de uma organização da classe exploradora, em cada época, para manter as suas condições exteriores de produção e, principalmente, para manter pela força a classe explorada nas condições de opressão exigidas pelo modo de produção existente (escravidão, servidão,

trabalho assalariado). O Estado era o representante oficial de toda a sociedade, a sua síntese num corpo visível, mas só o era como Estado da própria classe que representava em seu tempo toda a sociedade. Estado de cidadãos proprietários de escravos, na Antiguidade, estado da nobreza feudal, na Idade Média; e estado da burguesia de nossos dias. Mas, quando o Estado se torna, finalmente, representante efetivo da sociedade inteira, então torna-se supérfluo. Uma vez que não haja nenhuma classe social a oprimir; uma vez que, com a soberania de classe e com a luta pela existência individual, baseada na antiga anarquia da produção, desapareçam as colisões e os excessos que daí resultavam – não haverá mais nada a reprimir, e, um poder especial de repressão, um Estado, deixa de ser necessário. (ENGELS apud LENIN, 2007, p. 33)

A atuação do proletariado revolucionário deve ser a abolição do Estado burguês, sua transformação em um estado socialista, que, igualmente, não deve perdurar, devendo “definhar”, esgotar a necessidade de sua existência. Para Lenin, ancorado em Marx e Engels, o estado é uma força de repressão. Para o enfrentamento desse aparato a serviço da burguesia é preciso apoderar-se dele para destruí-lo, e reconstruir o estado proletário – ditadura do proletariado – que somente após a derrubada da burguesia poderia extinguir-se. É uma proposta absolutamente democrática, pois submete os interesses econômicos da minoria burguesa aos interesses sociais da maioria da sociedade. Ao invés dos poderosos impérios capitalistas, estes seriam transformados em trabalhadores comuns. Porém, sua não aceitação a perda de seus privilégios conduz à sociedade a uma guerra, em que a necessidade do proletariado exercer, desta vez, sua força. Uma vez extinto a necessidade de repressão, o próprio estado perde sua razão de existir, devendo acabar-se.

Esta era a grande divergência de Lenin com os reformistas, principalmente Karl kautsky, que defendia que uma vez de posse do Estado burguês, era preciso adaptá-lo às necessidades proletárias, de forma não violenta. A violência, em Lenin, é fundamental. Não somente como guerra civil, mas sim como destruição de um aparato estatal, substituindo suas estruturas por outras radicalmente diferentes, que estarão sob controle popular, no caso soviético, a Assembleia Geral dos *Soviets*. Um Estado realmente democrático, que não se confunde com o Estado Burguês.

### **2.2.2 Gramsci, hegemonia e a guerra de posições**

O grande mérito de Marx é ter elaborado uma grande teoria econômica da sociedade capitalista. Seus escritos sobre o Estado, Direito são esparsos, porém, indicam um guia teórico para aqueles que pretendem estudar o estado atualmente, já que radica a existência do Estado às condições materiais de vida da sociedade. Gramsci conseguiu, a partir de Marx, aprofundar a “filosofia da práxis”, buscando compreender a forma de exercício político da burguesia, mesmo sob uma situação adversa, compreendeu que não é somente a força repressiva que

mantém o poder burguês, mas um emaranhado de instituições que constroem o que foi chamado de hegemonia dominante.

O Estado em Gramsci assume o caráter de “todo o complexo de atividades práticas e teóricas com o qual a classe dominante não somente justifica e mantém seu domínio, mas procura conquistar o consentimento ativo daqueles sobre os quais exerce a dominação” (GRAMSCI apud CARNOY, 2004, p. 90). Além de identificar o método de dominação burguesa, Gramsci propõe formas de sua superação revolucionária.

A partir da tradicional definição entre estrutura econômica e superestrutura ideológica, já presente em Marx na Ideologia Alemã, Gramsci vai além, identificando que também faz parte do estado a dominação através da superestrutura. A razão dos trabalhadores não compreenderem a forma de dominação da sociedade capitalista não é fruto somente das ações de instituições como a família e a igreja, mas é a própria ação do estado, em nível superestrutural, que reproduz as relações de produção capitalistas, reforçando um complexo sistema de dominação.

Gramsci situa a sociedade civil na superestrutura, ao contrário de Marx, que indica que a sociedade civil está na estrutura, e ela vai definir o estado. Pra Gramsci:

Podemos, para o momento, fixar dois grandes “níveis” superestruturais: o primeiro pode ser chamado de “sociedade civil”, isto é, o conjunto dos organismos vulgarmente denominados privados; e o segundo, de “sociedade política” ou do “Estado”. Esses dois níveis correspondem, de um lado, à função de “hegemonia”, que o grupo dominante exerce em toda a sociedade; e, de outro, à “dominação direta” ou ao comando, que é exercido através do Estado e do governo jurídico. (GRAMSCI apud CARNOY, p. 93)

Abalado pela derrota proletária na Itália da década de 20 e o surgimento do movimento fascista de Mussolini levou Gramsci a buscar compreender o motivo da classe dominada consentir com a dominação. Não seria somente o poder repressivo e a opressão do modo assalariado de produção. Seria a ação do poder ideológico, surge então o conceito de hegemonia.

O conceito gramsciano de hegemonia tem dois significados principais: o primeiro é um processo na sociedade civil pelo qual uma parte da classe dominante exerce o controle, através de sua liderança moral e intelectual, sobre outras frações aliadas da classe dominante. A fração dirigente detém o poder e a capacidade para articular os interesses de outras frações. Ela não impõe sua própria ideologia ao grupo aliado; mas antes “representa um processo politicamente transformativo e pedagógico, pelo qual a classe (fração) dominante articula um princípio hegemônico, que combina elementos comuns, extraídos das visões de mundo e dos interesses dos grupos aliados.” (...)

O segundo é a relação entre as classes dominantes e as dominadas. A hegemonia compreende as tentativas bem sucedidas da classe dominante em usar sua liderança política, moral e intelectual para impor sua visão de mundo como inteiramente

abrangente e universal e para moldar os interesses e as necessidades dos grupos subordinados. (CARNOY, 2004, p. 95)

A hegemonia é método de expansão da classe, consolidando sua visão de mundo por toda a sociedade. Consiste assim em uma sofisticada forma de dominação.

O aparelho da escola (educação superior e básica), o aparelho cultural (os museus e as bibliotecas), a organização da informação, o planejamento da vida, urbanismo, sem esquecer a importância específica dos aparelhos possivelmente herdados de um modo de produção anterior (por exemplo, a Igreja e seus Intelectuais). (BUCKLICKSMANN, 1980, p. 70)

É o estado ampliado, indo além de Lenin e sua compreensão de estado repressor para uma formulação que implique uma atuação decisiva e não secundária do Estado na superestrutura. A formação da consciência assume um papel fundamental em Gramsci. A filosofia da práxis é realizada por homens e mulheres, o papel ideológico e a consciência têm uma função primordial em Gramsci. O Estado assume, então, os dois papéis: reprime e expande a dominação burguesa através da hegemonia.

Permanecemos sempre no terreno da identificação de Estado e governo, identificação que não passa de uma representação da forma econômico-corporativa, em outras palavras, da confusão entre sociedade civil e sociedade política, pois é necessário salientar que a noção geral de Estado inclui elementos que também são comuns à noção de sociedade civil (neste sentido poder-se-ia dizer que o Estado = sociedade política + sociedade civil, em outras palavras, a hegemonia garantida pela couraça da coerção). (GRAMSCI apud CARNOY, 2004, p. 98).

A construção hegemônica é complexa, implica em um conjunto de elementos, ações e disseminações que, mesmo com a garantia de autonomia entre os aparelhos ideológicos (igreja, escola, família, etc), mantém a coesão do modo de vida burguês, sempre se constituindo como visão de mundo geral de toda a sociedade.

A hegemonia se expressa tanto na sociedade civil como no Estado, todavia, há grande autonomia dos aparelhos hegemônicos privados frente ao Estado. (frequentemente há tensão entre os dois, em particular quando a fração da classe dominante que detém o poder político não é a classe hegemônica). Podemos mesmo argumentar que a função da hegemonia na sociedade civil – onde os aparelhos ideológicos são muito menos óbvios e, portanto, muito mais eficazes na mistificação da dominação de classe – difere dos aparelhos hegemônicos do estado, que são muito mais evidentes no seu papel reprodutivo, especialmente porque eles são portadores da couraça da coerção ( o sistema jurídico e a escola, por exemplo)., (CARNOY, 2004, p. 100)

Por defender liberdades democráticas, igualdade e valores de cunho universais, ao contrário de outras classes dominantes, a burguesia necessita estar em permanente movimento, constantemente convencendo as demais classes de que suas ideias são universais.

A revolução que a classe burguesa operou na concepção do direito, portanto, na função do Estado, consiste especialmente na vontade de ajustar-se (logo, moralidade do direito e do Estado). As classes dominantes precedentes eram essencialmente conservadoras, no sentido de que não tendiam a construir uma passagem orgânica das outras classes à sua, isto é, a ampliar a sua esfera de classe tecnicamente e

ideologicamente: sua concepção era a de uma casta fechada. A classe burguesa situa-se como um organismo em contínuo movimento, capaz de absorver toda a sociedade, assimilando-a a seu nível cultural e econômico. Toda a função do Estado se transforma; o estado torna-se um “educador”. (GRAMSCI apud CARNOY, 2004 p. 101).

Não há desprezo do papel do “econômico” e sim a valorização de que a luta político-ideológica é tão importante quanto a disputa econômica. Uma vez perdendo o domínio cultural, a burguesia tenderá a buscar a repressão direta como meio de poder. O estado atua como educador e o direito é seu mecanismo civilizador, leva normas e repressão a toda a sociedade.

Diante dessas características surge o conceito de *revolução passiva*, como a constante reorganização do Estado para perpetuação da hegemonia dominante, impedindo as classes dominadas de exercerem qualquer tipo de influência nas instituições políticas e na economia. Nesse sentido, até mesmo certas reivindicações populares são atendidas, como forma de não abrir uma crise de hegemonia, mantendo a dominação sem necessidade de socorro à repressão direta, sempre mais arriscada.

A aceitação de certas exigências vindas de baixo, enquanto ao mesmo tempo encoraja a classe trabalhadora a restringir sua luta ao terreno econômico-corporativo, é parte desta tentativa, de impedir que a hegemonia da classe dominante seja desafiada, enquanto mudanças no mundo da produção são acomodados dentro da formação social vigente. (SHOWSTACK SASSOON apud CARNOY, 2004, p. 104).

Não havendo apenas uma luta contra o aparelho repressivo do Estado, também não é suficiente apenas a “guerra de movimento” ou assalto ao estado. É preciso minar o sistema de crenças burguesas, em um movimento contra hegemônico, que permita à classe trabalhadora construir uma nova consciência. A luta pelo poder do estado é apenas um elemento da revolução.

Com esses argumentos, Gramsci cria o conceito de “guerra de posição” que consiste em quatro elementos:

Em primeiro lugar, ela enfatiza que cada país particular exigiria um “reconhecimento acurado”. Tratava-se de um argumento contra a posição “internacionalista” primeiramente desenvolvida por Marx e Engels e depois levada adiante por Trotsky como “revolução permanente”, uma revolução de todos os trabalhadores do mundo (do mundo industrial), simultaneamente usando a mesma estratégia (um ataque frontal ao estado - uma revolução armada contra o braço armado da burguesia).

(...)

Em segundo lugar (...) se baseia na ideia de sitiar o aparelho do Estado com uma contra-hegemonia, criada pela organização de massa da classe trabalhadora e pelo desenvolvimento das instituições e da cultura da classe operária.

(...)

Isso nos leva ao terceiro elemento da guerra de posição: a ênfase de Gramsci na consciência como o ingrediente chave no processo de transformação.

O quarto elemento traduz essa tipologia do desenvolvimento ideológico em ação. Gramsci, como Lenin, via o partido político como o instrumento de elevação de consciência e de educação junto à classe trabalhadora e de desenvolvimento das instituições de hegemonia proletária. Mas, ao contrário de Lenin, ele não via o partido revolucionário como uma vanguarda, trazendo a consciência socialista do exterior. (...) Gramsci, por sua vez, relaciona o partido revolucionário à classe trabalhadora como um todo. (CARNOY, 2004, p. 108-112).

Com Gramsci a teoria marxista do Estado tem um salto, ao ampliar as formulações acerca do papel revolucionário da formação de consciência, bem como plantar novas formas de verificar e analisar a existência do fenômeno estatal, a partir de uma estratégia de luta que engloba da guerra de movimento à guerra de posição.

### **2.3 O papel do Direito na sociedade de classes**

O Estado e o Direito estão intimamente ligados. São parte da organização do poder de classe, voltado para a perpetuação do mesmo, em um processo dialético, em que as forças sociais estão a, continuamente, incidir sobre a organização política-jurídica da sociedade.

Buscaremos aqui analisar o papel do direito a partir de sua relação com a luta de classes, discrepando da teoria tradicional que busca identificar uma “evolução natural” do direito desde as normas jurídicas romanas, passando pelo direito medieval até o atual estado de direito. Compreendemos que em todos esses momentos o direito apresenta uma característica marcante: seu caráter classista. A “evolução” não é um progresso do direito concebido universalmente, mas a evolução de um direito classista.

Nossa fonte será a literatura jurídica marxista, com especial ênfase aos autores do período pós-revolução bolchevique, que, pela necessidade de reorganização da sociedade pós 1917, detiveram-se sobre a análise do fenômeno jurídico. Além disso, as contribuições da crítica jurídica moderna são fundamentais.

#### ***2.3.1 Stucka e o papel revolucionário do Direito***

Petr Ivanovich Stucka foi diretor do Commissariado do Povo para a justiça na URSS em 1917 e 1918, foi responsável por uma construção doutrinária relativa à teoria geral do direito naquele período.

Buscando compreender o que é o direito, vai de encontro às concepções evolucionistas e que caracterizam o direito como uma ordem eterna, que rege as sociedades desde sempre. As sociedades originárias (a literatura marxista refere-se às *gens* e *clans*) conheciam uma série de regras morais, de comportamento, sem necessariamente existir uma estrutura coercitiva

judiciária. As ofensas aos comportamentos sociais tidos como aceitáveis eram tratadas por toda a comunidade, sem a figura do jurista ou do juiz.

A concepção do direito que Stucka aceita é a aprovada no Colégio do Comissariado do Povo da URSS: “o direito é um sistema (ou ordenamento) de relações sociais correspondentes aos interesses da classe dominante e tutelado pela força organizada desta classe.” (STUCKA, 1988, p. 16)

A primeira característica dessa definição de direito é sua percepção como um sistema de relações sociais. Impõe-se que não é somente um conjunto de artigos ou normas, mas de relações entre os homens e mulheres. E tais relações sociais são entre classes sociais. Desta forma, o contrato de trabalho, o contrato de compra e venda, as relações familiares que definem o papel do homem e da mulher, as normas relativas à herança, tudo isso está condicionado à sociedade de classes do capitalismo, que molda e define o direito vigente. Sem reconhecer o caráter classista do direito, não há que se falar em ciência do direito, ficção dos juristas burgueses, segundo Stucka:

Os teóricos burgueses têm considerado frequentemente e com atenção cada uma das características do direito que salientamos, com exceção do interesse de classe, embora se tenha limitado apenas a “sentir o problema e abandoná-lo” (farejar e dar o fora). E toda a jurisprudência, esse “conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto”, sem excluir a corrente sociológica e ainda menos a socialista, ainda hoje caminha, num rotativismo constante, em torno de fórmulas paupérrimas e ainda põe em dúvida se é ou não uma ciência. Responderemos sinceramente que nunca o foi e que não pode sê-lo: somente pode tornar-se uma ciência se adotar um ponto de vista de classe. E isto indiferentemente a que se trate do ponto de vista da classe operária ou da perspectiva da classe hostil a esta: o que importa é que deve assumir um ponto de vista de classe. Pode fazê-lo? Não, a jurisprudência não pode fazê-lo porque ao introduzir o ponto de vista revolucionário (de classe) no conceito de direito, justificaria, e inclusive, legalizaria a revolução proletária. (STUCKA, 1988, p. 17)

É fácil perceber que se o direito tem regras pertencentes a toda a sociedade, a derrubada do aparato social existente demonstra inequivocamente a existência de normas jurídicas classistas, que perdem qualquer valor durante a revolução.

A segunda característica fundamental do direito, após seu caráter classista, é que sua aplicação é garantido por um poder organizado pela classe dominante, o Estado. Stucka lembra que essa formulação já está implícita em Jhering:

Este proclama abertamente que a força, a coação, é uma característica absoluta do direito e vê no próprio direito unicamente um interesse protegido. Com certeza, teve a intuição de que se tratava do interesse da classe dominante e de um poder de classe, mas é evidente que não chegou a compreender plenamente este elemento de classe. (STUCKA, 1988, p. 21)

A conceituação do direito deve passar pela análise de seu papel como interesse de classe:

Sepultamos, portanto, o conceito eterno do direito, mas apesar disso a própria ciência jurídica burguesa por ele dobra os sinos. Ao mesmo tempo desaparecem os conceitos eternos e indeterminados de verdade e justiça universal e o seu lugar é ocupado, entre nós, por conceitos puramente de classe. (STUCKA, 1988, p. 23)

Além disso, fomenta as bases para um papel revolucionário do Direito:

Quem compreendeu que as instituições da propriedade, da sucessão hereditária, da compra e venda, etc, não passam de relações jurídicas e, por conseguinte, formas das relações sociais dos homens, compreenderá também as relações sociais latentes, que se encontram além de toda proposição meramente jurídica da lei. Portanto, descobrirá claramente a fisionomia contra-revolucionária do direito feudal em luta contra os interesses sociais da burguesia, que em outros tempos foi revolucionária, e também do direito burguês em luta contra o interesse revolucionário de classe do proletariado. (STUCKA, 1988, p. 24)

Conceituar o direito como sistema de relações sociais não é, necessariamente, uma novidade, à exceção da explicitação do seu caráter classista. Para a compreensão do fenômeno jurídico, Stucka diferencia as relações primárias (de produção e troca) das secundárias (processo de apropriação) que ganham contornos jurídicos justamente para que haja proteção do interesse da classe dominante, que se constitui no processo de dissolução da sociedade comunista primitiva para a baseada na propriedade privada. Esta propriedade é o fundamento das relações sociais da sociedade capitalista moderna, de forma que surgem agrupamentos sociais (classes) com papel diferenciado no processo de produção social. Estes papéis são regulados por leis, expressão do Direito que é o interesse da classe dominante.<sup>3</sup>

O que retratamos é a relação entre estrutura (base real) e a superestrutura que daí decorre as três formas de uma relação econômica (jurídica):

Qualquer relação econômica, na medida em que é contextualmente uma relação jurídica (não como contravenção ou como simples relação extrajurídica, irrelevante sob o aspecto jurídico) tem três formas: uma forma concreta (I) e duas formas abstratas (II e III). Entre elas existe naturalmente, uma recíproca influência de uma sobre a outra e, como já foi dito, na doutrina a discussão é precisamente sobre a qual delas cabe a primazia. Nós reconhecemos uma primazia incondicionada e imediata à primeira. Esta influi sobre as outras duas formas abstratas, por um lado, enquanto é um fato, e, por outro, mediante um reflexo; porém, o seu caráter jurídico depende, apesar de tudo, das outras duas formas, cuja influência pode, por vezes, resultar decisiva. Na teoria do materialismo histórico, esta relação se expressa também mediante a fórmula “base-superestrutura”, na qual já nos detivemos.

As três formas supramencionadas são: forma concreta (I) – relação econômica (produção, troca – consumo -, apropriação); Formas abstratas (II e III) leis e ideologia jurídica. É preciso que estas três formas apresentem-se com um sistema ordenado e coerente, de forma a escamotear as relações classistas de dominação aí inseridas. “Na relação concreta o caráter de classe surge da própria distribuição dos

<sup>3</sup> Não poderia ser um interesse universal, como faz crer a teoria do fim do Estado como o “bem comum”, pois aí não poderiam haver interesses universais contrapostos, ou que causam gravame a uma das partes (acesso à riqueza social produzida, por exemplo).

meios de produção e, por isso, também dos homens e das suas relações recíprocas. O caráter de classe é atribuído ao segundo sistema (à lei) pelo poder estatal da classe. E, por último, é atribuído ao terceiro sistema pela ideologia, pela consciência de classe. Contudo, nos três sistemas, e especialmente nos dois últimos, “le mort saisit le vif”, e nas três formas desenvolve-se uma luta concreta contra os sistemas de interesses contrários, que, por vezes, ameaçam vencê-los: esta é precisamente a luta de classe. (STUCKA, 1988, p. 80-81)

O direito advém das relações concretas, não como expressão de uma vontade universal, mas das relações que a humanidade produz entre si. O fim das relações sociais baseadas em um interesse de classe é o fim do sistema jurídico. Para Stucka, a revolução (rompimento radical com a ordem jurídico-política anterior) faz nascer um novo direito, que tem o papel de reorganização das relações sociais no interesse da classe vitoriosa.

Analisando a passagem da sociedade comunista primitiva ao surgimento da propriedade privada dos meios de produção e com ela a formação de um sistema jurídico que tutelasse essa nova ordem, bem como o papel do direito romano, classista por excelência<sup>4</sup>, bem como a mudança do direito para possibilitar a acumulação de terras na Idade Média (e com as terras a produção na agricultura)<sup>5</sup>, percebe-se que as mudanças sociais foram acompanhadas de mudanças jurídicas, que tinham o papel de conformar a ordem que estava por vir, moldar a sociedade nesse novo período.

Esse processo é acompanhado de uma dialética, em que o direito novo nasce com um caráter revolucionário e o direito antigo com um caráter contra-revolucionário. Uma vez vitoriosa a revolução, a ordem jurídica anterior não é mais aplicada, devendo surgir uma nova regulação jurídica baseada na consciência jurídica vencedora.

Não podeis colocar as velhas leis como fundamento do novo desenvolvimento social, como também estas não podem criar as velhas relações sociais. Essas leis nasceram com estas relações e devem desaparecer com elas (...) Esta conservação da legalidade procura transformar os interesses privados em interesses dominantes, quando precisamente esses interesses privados já não dominam; tenta impor à sociedade leis condenadas pelas próprias condições de vida desta sociedade, pela sua maneira de obter os meios de vida, pela sua troca, pela sua produção material (...). (MARX apud STUCKA, 1988, p. 113).

Na sociedade capitalista a concepção jurídica é a concepção burguesa do mundo em geral, o rompimento com essa ordem deve partir da construção de um novo direito, revolucionário, que possa reorganizar a classe vitoriosa no momento de reorganização do poder estatal.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Basta lembrar a luta dos plebeus para a eliminação de proibições jurídicas como o casamento com os patrícios. De fato, era o direito de uma classe, a dos patrícios.

<sup>5</sup> Nos referimos à expulsão dos camponeses.

<sup>6</sup> Na concepção marxiana, o Estado burguês não é reorganizado, mas “destruído” em seu modo de funcionamento para o nascimento de um novo estado, proletário, ainda que com marcas do Estado e do Direito burguês, mas baseado em uma ampla e profunda democracia, radicada na classe trabalhadora, maioria da população. Surge daí um novo estado, no período de transição do socialismo ao comunismo.

A legislação (lei) cumpre então um papel decisivo, como regras coercitivas elaboradas pelo poder estatal. Para Stucka o dogma da sociedade burguesa é a intangibilidade da lei, que é a expressão do direito de classe. A construção “democrática” da lei como vontade geral, representação dos interesses de toda a sociedade, é apenas uma forma de encobrir os reais interesses de um ordenamento jurídico classista. Neste cenário, o Judiciário surge como uma instância “*a priori*” neutra, que aplicaria o direito de forma justa e legal. Completa-se o sistema que encoberta as relações de classe.

O jurista burguês Ernest Fuchs vai ainda mais longe quando afirma que “direito e verdade representam na nossa justiça civil frequentemente um quadro de casualidade que se assemelha a uma loteria”. A esta prática judicial contrapõe “uma decisão judicial (Rechtssprechung) que proceda a partir da valorização dos interesses em conflito, de conhecimento das necessidades práticas, e que seja realizada por instituições justas”. Ou seja, predizia verbalmente ante seus colegas burgueses aquilo que, de fato, realizou a grande Revolução de Outubro.

Habituada a ser hipócrita, a burguesia partiu do princípio da estabilidade da lei, para chegar ao princípio do “Tribunal independente da lei” (mas classista, como óbvio) ou ao princípio da justa valorização do interesse como base das decisões judiciais ou, na Rússia, ao direito intuitivo de Petrazickij. Não estamos, portanto, certos, mesmo sob o ponto de vista da ciência burguesa, quando ordenamos que se queimem as velhas leis, e mais ainda, que sejam esquecidas por nós e por todo o povo? (STUCKA, 1988, p. 127)

E como ficariam os tribunais no período revolucionário? Para Stucka, a interpretação autêntica pode ser realizada pelo mesmo órgão prolator da legislação, já que não há alijamento democrático da população interessada. A lei não é sagrada, pode ser modificada de acordo com as necessidades materiais. A formulação nos faz imaginar que o poder de legislar de determinado núcleo político – escolhido e funcionando sob rígido controle popular direto – o legitima a julgar as controvérsias advindas da sua legislatura.<sup>7</sup>

Existe, na composição dos “tribunais proletários” uma composição mista com juristas do período burguês, operários e soldados eleitos pelos *soviets*, que atuavam de acordo com a *consciência jurídica revolucionária*<sup>8</sup>, aplicando a “justiça proletária”. Segundo NAVES:

Stucka simplesmente ignora por completo as contradições que resultam desse modo de organização do aparelho judiciário. Para ele, a rigor, não há contradição alguma entre esse nível de existência do Estado e as massas populares, mas, ao contrário, ele identifica os tribunais “proletários” com o direito proletário, e sua mera existência supõe que eles defendam interesses do povo.

Ignora-se, assim, que a constituição desses tribunais significa o reforço das instâncias formais, com a instituição de um corpo de julgadores separado das massas – mesmo que oriundo delas e julgando “em seu nome” – e que exerce a jurisdição com o apoio de um saber especializado. (NAVES, 2000, p. 26).

<sup>7</sup> Com efeito, a ideia de um tribunal, separado do corpo legislativo, para interpretar e aplicar o direito só faz sentido em uma sociedade extremamente dividida em interesses antagônicos.

<sup>8</sup> Esse conceito, alheio à tradição marxiana, advém da concepção psicológica do Direito presente em Reisner, um dos defensores do socialismo jurídico, e que compunha a literatura marxista imediatamente anterior à Revolução de 17.

A contradição resulta em manter um corpo de julgadores separado da sociedade, porém com participação das massas. A necessidade de construção de um novo aparelho judiciário pós revolução bolchevique levou a essa formulação, numa tentativa de fornecer uma base para a atuação judicial soviética.

Porém, a obra de Stucka tem lacunas e contradições sérias, já que o mesmo ao se referir a direito como sistema de relações sociais, não procede à diferenciação entre o que é forma jurídica e o que é forma mercantil. Além disso, ao tratar dos elementos que compõe o sistema jurídico, também afirma que os mesmos são componentes das relações econômicas, o que reforça a contradição entre diferenciação do fenômeno jurídico e econômico. Em não resolver tal contradição, Stucka cai no normativismo, identificando o direito com a construção normativa de classe.

Ora, se por relações sociais Stutchka entende o conjunto das relações de produção e de troca, como distinguir o direito da instância econômica? Um primeiro esforço de distinção é operado por Stutchka ao considerar as relações de produção e de troca como relações primárias, enquanto as relações jurídicas, na qualidade de apropriações, seriam relações derivadas.

Se o direito é a própria relação econômica, qual a especificidade da forma jurídica? Essa dificuldade é sentida por Stutchka, que imediatamente depois de ter afirmado o caráter jurídico da forma I, retira dela esse mesmo atributo jurídico, considerando-a como um fato que depende, para adquirir caráter jurídico, das outras formas. Além disso, depois de ter afirmado – em analogia com a metáfora da base/superestrutura – o primado da forma I, afirma que a influência das outras formas pode ser decisiva, desautorizando assim uma possível inserção material do direito e admitindo que o direito possa ser determinado seja pela vontade da classe dominante por meio da lei (forma II), seja pela consciência jurídica (forma III). (NAVES, 2000, p. 32)

A teoria do direito de Stucka nos fornece elementos interessantes para uma compreensão do papel do direito atualmente, bem como do papel do Judiciário. Stucka escreve em uma União Soviética em pleno período revolucionário (1917-1918). Suas preocupações são com a forma que assumirá o direito nascido da revolução e seu texto é direcionado a legitimar a possibilidade de um papel revolucionário, reorganizador da sociedade ao direito.<sup>9</sup>

Numa perspectiva atual, o direito, mantendo seu caráter classista, é permeado por normas que garantem benefícios materiais à classe trabalhadora. É uma dialética, oriunda da luta dos trabalhadores, ou oriunda da estratégia dominante de revolução passiva, vista por nós na análise do pensamento gramsciano.

De toda forma, identificar de que forma, dentro do direito posto, portanto, dominante, podemos traçar estratégias e defender teses de prevalência das normas que garantem direitos

<sup>9</sup> Em várias partes do texto refere-se à “luta” contra os socialistas que consideram as discussões jurídicas de menor importância ou contra-revolucionárias.

fundamentais sociais em detrimento das normas que garantem direitos privatistas individuais é uma tarefa revolucionária, que permite abrir brechas no campo inimigo, numa proposta de melhoria concreta das situações de vida dos trabalhadores em geral.

Porém, é preciso assumir com ressalvas a função revolucionária do direito, para não aceitar um normativismo, identificando como direito apenas como seu conjunto normativo. A experiência da URSS demonstrou que o chamado “direito proletário” apenas serviu para legalizar a casta burocrática no poder. É preciso então avançar para a identificação da especificidade da forma jurídica, dos significados dos conceitos jurídicos fundamentais, independente de seu conteúdo material, para uma correta compreensão do direito na sociedade capitalista. Tal empreitada foi desenvolvida por E. Pachukanis.

### ***2.3.2 Pachukanis e a forma jurídica.***

Realizar uma profunda inserção a partir do método exposto em Marx em O Capital é a proposta de Pachukanis para análise do direito, na busca de compreender a especificidade da forma jurídica. Para ele, a tarefa da Teoria Geral do Direito é identificação dos conceitos jurídicos fundamentais, de forma abstrata, independente do conteúdo material. Realiza, assim, dois movimentos: a) do abstrato ao concreto; e b) do simples ao complexo.

Tal método é o mesmo exposto por Marx em suas obras. Da mesma forma que este analisou a economia como forma histórica, Pachukanis busca compreender o direito como forma histórica, real.

Em Marx, o trabalho é a relação primeira dos homens, necessário a colheita dos bens primários de sobrevivência, e depois aos bens secundários e à constituição da família. Somente na sociedade capitalista o trabalho assume, de forma plena, sua forma abstrata, em que o trabalhador é totalmente separado de sua produção, que se transforma em mercadoria, e o próprio trabalhador, que necessita ir ao mercado “vender” sua única mercadoria, “sua força de trabalho”.

Com o direito ocorre o mesmo, constituindo-se em um sistema de relações historicamente produzido, determinado inconscientemente aos homens por força do sistema produtivo. No modo de produção capitalista é que o direito assume sua forma mais acabada, como relação abstrata, com a transformação do homem em sujeito jurídico.

O que Marx diz aqui das categorias econômicas é totalmente aplicável também às categorias jurídicas. Em sua aparente universalidade elas exprimem, na realidade, um aspecto isolado da existência de um sujeito histórico determinado: a sociedade burguesa produtora de mercadorias. (PACHUKANIS, 1988, p. 63)

Essa crítica é realizada a Stucka, por considerar que este apenas privilegia o conteúdo de classe do direito, mas não avança para o entendimento da forma em sua especificidade.

O resultado disso é que se obtém apenas uma teoria do direito que o vincula aos interesses e às necessidades materiais das diversas classes sociais, mas não dá conta de explicar a própria regulamentação jurídica como tal, ou seja, não é capaz de explicar por que determinado interesse de classe é tutelado precisamente sob a forma do direito, e não sob outra forma qualquer, de sorte que é impossível distinguir a esfera jurídica das outras esferas sociais. (NAVES, 2000, p. 46)

O método de Pachukanis segue o método desenvolvido por Marx. É a partir da forma mais evoluída do direito que é possível compreender as formas jurídicas anteriores.

Aplicando as considerações metodológicas acima referidas à teoria do direito, devemos começar pela análise da forma jurídica na sua figura mais abstrata e pura, para passar depois pelo caminho de uma gradual complexidade até a concretização histórica. (...) A evolução histórica acarreta não apenas uma modificação no conteúdo das normas jurídicas e uma modificação das instituições jurídicas, mas também o desenvolvimento da forma jurídica como tal. Esta última surge em determinada etapa da civilização e permanece, por muito tempo, em estado embrionário, internamente pouco se diferenciando e não se separando das esferas contíguas (costume, religião). Desenvolvendo-se gradualmente ela alcança, depois, o seu máximo florescimento e a sua máxima diferenciação e determinação. Esta etapa superior de desenvolvimento corresponde a relações econômicas e sociais determinadas. (PACHUKANIS, 1988, p. 66)

Para Marx primeiro vem a troca e depois o direito. São as relações de troca que produzem as diversas figuras jurídicas (contratos dos mais variados). O direito advém dessas relações sociais. Para identificar por que determinadas relações permitem o surgimento da forma jurídica em específico, é preciso investigar a circulação mercantil.

A forma jurídica nasce somente em uma sociedade na qual impera o princípio da divisão do trabalho, ou seja, em uma sociedade na qual os trabalhos privados só se tornam trabalho social mediante a intervenção de um equivalente em geral. Em tal sociedade mercantil, o circuito das trocas exige a mediação jurídica, pois o valor de trocas das mercadorias só se realiza se uma operação jurídica – o acordo de vontades equivalentes – for introduzida. Ao estabelecer um vínculo entre a forma do direito e a forma da mercadoria, Pachukanis mostra que o direito é uma forma que reproduz a equivalência, essa “primeira ideia puramente jurídica” a que ele se refere. A mercadoria é a forma social que necessariamente deve tomar o produto quando realizado por trabalhos privados independentes entre si, e que só por meio da troca realizam o seu caráter social. O processo de valor de troca, assim, demanda, para que se efetive um circuito de trocas mercantis, um equivalente geral, um padrão que permita medir o quantum de trabalho abstrato que está contido na mercadoria. (NAVES, 2000, p. 57-58).

O princípio equivalente permite o nascimento da forma jurídica. A mediação entre as formas de troca ocorre através da equivalência, que se desdobra em forma jurídica. É na sociedade capitalista que a equivalência atinge seu ápice, em que o trabalho humano medido pelo tempo é a forma social dominante. Pachukanis explica isso através do Direito Penal:

Para que surgisse a ideia da possibilidade de expiar o delito com a privação de uma quantidade predeterminada de liberdade abstrata, foi necessário que todas as formas concretas de riqueza social estivessem reduzidas á forma mais abstrata e mais simples – o trabalho humano medido em tempo. (PACHUKANIS, 1988, p. 72)

Apesar das sociedades pré-capitalistas conhecerem a mercadoria e também formas jurídicas, é no capitalismo que a mercantilização assume uma forma universalizada, em que até mesmo a força de trabalho torna-se mercadoria.

Igualmente, o direito como forma do processo de troca mercantil só desenvolve todas as suas determinações na sociedade em que predomina o processo de valor de troca, particularmente porque o direito, como veremos a seguir, opera a mediação em uma troca decisiva para a constituição e reprodução das relações de produção capitalistas: a troca de força de trabalho por salário. (NAVES, 2000, p. 63)

A relação econômica é primária. Não é a norma que cria a relação jurídica mas a atividades dos sujeitos. O capitalismo exige a constituição de sujeitos de direitos, universais, iguais e livres para realizarem trocas.

A forma-sujeito de que se reveste o homem surge como condições de existência da liberdade e da igualdade que se faz necessária para que se constitua uma esfera geral de trocas mercantis e, conseqüentemente, para que se constitua a figura do proletariado privado desses bens, objeto de circulação. É na esfera da circulação de mercadorias, como um elemento dela derivado que opera para tornar possível a troca mercantil, que nasce a forma jurídica do sujeito. (NAVES, 2000, p. 65)

Aí está a mediação que o direito realiza na sociedade capitalista. Ele transforma a força de trabalho em um elemento jurídico, em que o sujeito de direito – livremente – vende sua única mercadoria (força de trabalho), através de outro elemento jurídico: o contrato de trabalho.

A relação de exploração capitalista, como lembra Pachukanis, é mediada por uma específica operação jurídica, a forma de um contrato, ao contrário da sociedade feudal, em que a completa sujeição do servo ao senhor feudal, exercida pela coerção direta, não exigia uma formulação jurídica em particular. (NAVES, 2000, p. 69).

A forma jurídica depende da forma mercantil, e ao mesmo tempo assegura o funcionamento de circulação das mercadorias. Porém, em Pachukanis, não se opera uma determinação direta do direito com a circulação, e sim mediada, já que o Direito situa-se na superestrutura. Existe, assim, uma primeira etapa da relação da forma jurídica com a circulação, em que o direito não penetra a esfera de produção. A forma jurídica não determina a circulação mercantil. Ocorre, sobretudo, nas sociedades pré-capitalistas. E podemos identificar na sociedade capitalista o direito como elemento constituinte das relações mercantis através da mediação dos sujeitos de direitos, forma que permite a troca da força de trabalho através de uma vontade livre, operação realizada entre iguais.

Essa mediação permite o surgimento do Estado como esfera pública, em que os indivíduos, agora tratados como cidadãos, apresentam-se nessa esfera (pública) sem nenhum conteúdo de classe.

O poder político de classe pode assumir a forma de um poder público na medida em que a relação de exploração se realiza formalmente como relação entre dois possuidores de mercadorias “independentes” e “iguais”, um dos quais, o proletariado, vem de a sua força de trabalho, e o outro, capitalista, a compra.

(...)

Por isso, a coerção não pode aparecer aqui em sua forma não mascarada, como um simples ato de conveniência. Ela deve aparecer como uma coerção proveniente de uma pessoa abstrata e geral, como coerção exercida não no interesse do indivíduo da qual provém, já que na sociedade mercantil todo homem é um homem egoísta -, mas no interesse de todos os participantes das relações jurídicas. O poder de um homem sobre outro homem é exercido como o poder do próprio direito, isto é, como poder de uma norma objetiva e imparcial. (PACHUKANIS apud NAVES, 2000, p. 80).

Na sociedade de trocas mercantis as relações não podem aparecer sob sua aparência real: de exploração do homem pelo homem a partir da extração de mais valia. A mediação e ocultamento é realizado pelo direito, que, a partir de todo o substrato teórico produzido pelas teorias liberais, criou as ficções de sujeitos de direitos, cidadãos livres e iguais.

A sociedade capitalista e seu estado tornam o indivíduo nu de sua condição de classe.

Pois bem, se o Estado é a esfera da existência exclusiva da política – lugar de representação dos interesses gerais -, e se a sociedade civil é o lugar onde habitam os interesses particulares, o acesso à esfera do Estado só pode ser franqueado pelos indivíduos despojados de sua condição de classe – posto que a condição de pertencer a uma classe social não pode ser reconhecida pelo Estado -, e qualificados por uma determinação jurídica: o acesso ao Estado só é permitido aos indivíduos na condição de cidadãos. (NAVES, 2000, p. 82)

Esse ocultamento permite a criação de figuras universais como povo (que exerce a soberania), interesse geral, direito como categoria eterna, cidadãos e cidadania. Dessa forma, a sociedade aparece no capitalismo sem suas características de classe. Empregado e empregador são cidadãos, porém nunca identificados como classe opressora e classe oprimida. A ideologia jurídica cumpre um papel determinante aí.

Por considerar que a forma jurídica é intrinsecamente ligada ao modo de produção capitalista, Pachukanis rejeita a noção de direito socialista ou proletário. Apesar de não negar um papel revolucionário ao direito, como fez Stucka, nega que a troca do conteúdo material do direito possa operar uma troca da sua forma. O direito, na época de transição, ainda persiste, enraizado em sua forma burguesa, só podendo extinguir-se quando encerrar a necessidade da equivalência. Para Pachukanis o problema seria resolvido com a planificação econômica, porém, não se resolve a necessidade de equivalência na troca entre as diferentes empresas estatais.

O que interessa é que somente com o processo, longo e complexo, de desaparecimento das relações mercantis é que a forma jurídica pode extinguir-se. O que existirá em seu lugar? A aposta de Pachukanis é na adoção da técnica, como normativa capaz de superar a própria política e o direito. Obviamente, tal só é possível em uma sociedade que não exista a necessidade de classes sociais, que estas não mais existam.

A teoria de Pachukanis é um marco na análise marxista do direito. Fiel rigorosamente à Marx, ele vai de encontro aos seus contemporâneos soviéticos, como Stucka, que afirmavam que bastaria modificar o conteúdo do direito. Pachukanis defende um controle popular rigoroso sobre o estado e o direito na época de transição. Por tais posições foi perseguido, e viu-se obrigado a rever suas posições no período stalinista (década de 30) passando a defender o estado e o direito proletário. Porém, tal esforço não foi suficiente, o que resultou na sua condenação e execução nos “expurgos stalinistas” em 1937.

#### ***2.4 O Judiciário em uma sociedade de classes***

A partir das considerações realizadas acima, podemos tecer alguns comentários acerca do papel do Judiciário inserido em um contexto classista, em que o Estado e o Direito assumem funções específicas, complexas, que, de nenhum modo podem ser resumidas ao que a teoria tradicional do direito chama de bem comum, interesse geral e até mesmo a doutrina da separação de poderes mostram-se incapazes de explicar com profundidade a função judiciária em uma sociedade corrompida pelo antagonismo da opressão e exploração advinda do modo de produção capitalista.

Não estamos aqui a afirmar uma determinação absoluta e direta do modo de atuação do Judiciário em um sistema classista mas da mediação que as relações advindas de tal sistema opera em uma estrutura que, tem o dever de imparcialidade, e assume a tarefa de dirimir conflitos. Existe uma determinação mediada por diversos elementos, desde a ideologia dominante (e o movimento contra hegemônico) passando pela formação dogmática dos juízes até as construções hermenêuticas críticas e tradicionais sobre a forma de decidir do Judiciário.

Porém, retirar o caráter classista do estado e do direito nos leva a uma compreensão do Judiciário que não considera as várias interferências do saber dominante na decisão judicial, na imparcialidade judiciária. Não estamos aqui a apontar que todo o Judiciário é parcial, mas sim a afirmar que, desde a técnica da decisão judicial à identidade profissional dos juízes, temos uma série de intersecções com a ideologia dominante, que moldam uma forma de posicionamento sobre determinados temas, e até mesmo a forma de ensino do direito, com

predominância para uma formação voltada para direitos patrimoniais e individuais em detrimento dos direitos humanos e sociais. A seguir, buscaremos dialogar com alguns elementos que compõem as relações entre ideologia e decisão judicial, como forma de embasar nossa análise acerca do papel do judiciário quanto às decisões que envolvem conflitos fundiários urbanos.

#### **2.4.1 O Judiciário e sua estrutura burocrática**

Cumpramos ressaltar que tanto o Judiciário, quanto o Estado e o Direito assumem formas históricas. Nos tópicos anteriores realizamos uma caracterização do Estado e do Direito em sua forma, sem análise histórica em específico. O estado capitalista pode assumir diversas formas históricas, desde estados que ocupam papel central no modo de produção (EUA, Inglaterra, Alemanha, Japão) até os estados periféricos (América Latina em geral, África e Ásia), e, ultimamente temos presenciado o desenvolvimento de um grupo de países em ascensão econômica, que não corresponde necessariamente à redução de desigualdades sociais, que são o Brasil, China, Índia, principalmente.

Em relação ao Brasil, nossa atenção nesse estudo, percebemos uma modificação de sua função dentro do cenário capitalista mundial a partir de dois fatores: a) a democratização e a constituição de 1988; b) o governo Lula (2002-2010).

O primeiro fator inaugura, no marco normativo constitucional, a clara opção de construção de um estado social de inspiração européia (*Welfare State*) com a mediação entre interesses econômicos privados e garantia de direitos sociais básicos. No plano democrático, cria condições de surgimento de toda uma série de organizações na sociedade civil que estavam latentes durante a década de 80. Conselhos de co-gestão, conselhos de direitos, ONG's, movimentos sociais, partidos políticos, surgem em uma efervescência democrática, trazendo uma série de discussões à sociedade, e visualizando o Judiciário como o espaço para suas reivindicações, represadas pelo Executivo.

O Segundo fato vem concretizar parte do plano normativo de 1988. Tivemos até 2002 uma série de governos declaradamente neoliberais (Collor, Itamar, FHC). Os ataques aos direitos sociais foram inúmeros, com muitos deles não saindo do papel. As marcas dessas gestões foram a corrupção e a privatização de empresas públicas. O governo Lula não avança nesse cenário econômico, é, antes de tudo, uma continuação, porém, com uma nova composição política. Com Lula observamos uma mediação de classe, com grande aporte do

governo em programas de auxílio de renda<sup>10</sup>. A contradição reside em um discurso de construção do Estado Social com uma política econômica que continua colocando o país com papel periférico na economia capitalista. O papel brasileiro continua o mesmo: fornecedor de matéria prima para os chamados países desenvolvidos.

De forma perfunctória, já que não é o objetivo deste trabalho, podemos caracterizar o estado brasileiro atual como de economia periférica (em relação ao centro da economia capitalista) com um plano normativo constitucional de construção de um estado social.<sup>11</sup>

José Albuquerque Rocha elenca três formas de estado e três funções distintas do Judiciário. A primeira forma é o estado liberal “corresponde ao primeiro estágio do capitalismo, que é o chamado capitalismo concorrencial. Portanto, é a primeira forma histórica do Estado dito capitalista” (ROCHA, 1995, p. 126). As características dessa forma são a separação entre sociedade e estado; o princípio da legalidade e a divisão das funções estatais.

O Judiciário teria o papel de árbitro neutro e independente aos conflitos.

Em suma, o papel do Judiciário no Estado liberal clássico é claro: como o aparelho de um estado não intervencionista, pretensamente neutro, o Judiciário aparece como uma instituição colocada acima da sociedade, para compor os conflitos entre os indivíduos, impedindo que se consumam em lutas estéreis, mediante a aplicação de normas formuladas, geralmente, pela própria sociedade através da mediação do contrato, instrumento por meio do qual se definem as regras disciplinadoras dos interesses dos indivíduos. (ROCHA, 1995, p. 129)

A segunda forma de estado seria o social, caracterizado pelo intervencionismo, tanto em ramos estratégicos da economia, quanto nos serviços sociais básicos, como forma de elevação do nível de vida da população. Seu surgimento é oriundo das contradições do sistema capitalista.

Por outras palavras, a necessidade de impulsionar o processo de acumulação privada da riqueza, em que consiste sua essência, e, ao mesmo tempo, legitimar esse sistema perante a classe dos trabalhadores que é justamente a classe expropriada nesse processo, determinou o aparecimento de um Estado com as características do Estado social, isto é, duplamente intervencionista, eis que intervém, simultaneamente, no campo econômico, visando o incremento da riqueza privada, e no setor social, objetivando a integração da classe trabalhadora. (ROCHA, 1995, p. 130)

Ocorre então uma mudança no papel do Judiciário, que deve adequar-se ao formato do Estado em que está inserido. Desta forma, deve cumprir uma função de promotor dos objetivos sociais esculpidos nos fins do Estado.

<sup>10</sup> Não há mudança na distribuição de renda. O Brasil ainda é um dos países mais desiguais do mundo. Ver: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/01/120118\\_desigualdade\\_pesquisa.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/01/120118_desigualdade_pesquisa.shtml)

<sup>11</sup> Apesar dos chamados avanços econômicos, temos um crescimento anual do PIB pequeno (cerca de 3%) e pequeno investimento em produção de tecnologia local. Somos, basicamente, exportadores de matéria prima agrícola e mão-de-obra especializada.

Enquanto o Judiciário no Estado liberal é aplicador de regras gerais tendentes a garantir o livre jogo das forças sociais, o Judiciário no Estado social é preponderantemente funcional. O que lhe importa é adotar a solução mais apta a alcançar os fins colimados, ou seja, os efeitos práticos das decisões, e não a solução formalmente mais lógica, segundo as regras gerais e os conceitos abstratos do direito. Em suma, com a mudança do papel do Estado, que passa de garantidor da ordem social espontânea para promotor de mudanças sociais, modifica-se, por consequência, a função do Judiciário, que de aplicador “a posteriori” de sanções negativas tendentes a reprimir as condutas violadoras das regras de manutenção da paz social, converte-se em aplicador “a priori” de regras destinadas a estimular os comportamentos reputados úteis aos fins colimados, não estando o juiz obrigado a observar o critério da legalidade estrita na tomada de decisões, as quais se fundamentam, muitas vezes, em critérios de conveniência e oportunidade. (ROCHA, 1995, p. 133).

A terceira forma de Estado é o periférico, marcado por serem países que sofreram processos de dominação estrangeira, mantendo a dependência externa; a existência conjunta de formas avançadas de produção (geralmente ligadas ao setor exportador) e formas atrasadas, pré-capitalistas; cumpre o papel de fornecedor de matéria prima; são países dependentes de empréstimos externos (dívida pública).

O estado periférico é contraditório, e por isso, tem uma dialética de constante construção de conquistas da classe trabalhadora em termos de leis benéficas, que acabam não saindo do papel. Apesar da reprodução da ideologia dominante operada pelo direito e pelo estado, as forças sociais oprimidas conseguem, por diversas vezes, aprovar leis e medidas a seu favor. Porém, com a inércia do Executivo em realizar tais conquistas, o Judiciário é chamado para se pronunciar, e, nesse caso, frequentemente anula ou reduz o que foi conquistado.

Desse modo, os espaços abertos pelas lutas do povo na esfera do poder legislativo sofrem uma invalidação na hora de sua concreção pelo Judiciário, fenômeno que a observação do funcionamento dos judiciários de outros países subdesenvolvidos mostra ser comum a todos, dada sua identidade estrutural e funcional. Em conclusão, nos Estados periféricos o Poder Judiciário funciona como instância de aniquilamento das conquistas alcançadas pelo povo no campo do Poder Legislativo, vale dizer, no nível das normas gerais e abstratas, por sua não aplicação ou por sua interpretação restritiva. (ROCHA, 1995, p. 138)

O estado periférico padece da contraditória formação de sua base social, permeada de desigualdades sociais, que se refletem no campo institucional com práticas autoritárias e burocráticas, negativas a qualquer forma de controle popular democrático. Das formas de estado apontadas por Rocha, a que mais se aproxima do caso brasileiro é o estado periférico, seja pela manutenção de uma estrutura social desigual, seja pelo papel desempenhado no campo do sistema capitalista, como fornecedor de matéria prima.

O papel do Judiciário, no Brasil, como de resto no terceiro mundo em geral, aprofunda o fosso que o separa do povo, trazendo à baila o grave problema da tensão entre o Judiciário e

a democracia, cuja principal consequência é o aparecimento de uma crise de identidade do juiz, que se manifesta no desencontro entre as aspirações do povo a níveis cada vez mais elevados de justiça, igualdade e dignidade, e o comportamento do Judiciário, de negação sistemática dessas aspirações. (ROCHA, 1995, p. 142)

Tais contradições impactam diretamente a atividade decisional do juiz, em dúvida sobre garantir os direitos sociais e a dignidade humano ao povo brasileiro e uma cultura judiciária patrimonialista e individualista, infensa ao controle democrático, inclusive de seus próprios pares. Nesse sentido, Rocha defende a tomada de medidas concretas:

A crise de identidade vivida pelo juiz brasileiro só pode ser superada através de medidas políticas, ideológicas<sup>12</sup> e estruturais, como a mudança da forma de organização interna do Judiciário, que deve ser democratizada com a criação de um Conselho<sup>13</sup> para o administrar com participação de todos os segmentos da magistratura, que deve obedecer a uma metodologia interdisciplinar e não dogmática; a concretização do acesso material e jurídico da população ao Judiciário, e por último, na criação de um órgão democrático, situado fora e acima do Judiciário, com competência para defender e interpretar a Constituição, o tribunal constitucional, de composição democrática. (ROCHA, 1995, p. 142)

Tais mudanças têm como obstáculo uma estrutura judiciária, no Brasil, autoritária, oriunda do modelo de Judiciário do século XIX, em que a configuração hierárquica permitia um maior controle do Poder Executivo sobre o aparelho judicial. Porém, as condições sociais e econômicas, muito mudaram em dois séculos. Atualmente, não são apenas conflitos entre proprietários que acessam o Judiciário, mas toda uma série de litígios, que se revestem de importante interesse público, como o caso dos conflitos fundiários que serão mais a frente analisados. O Juiz então deixa de ter o papel somente de árbitro, passando a ser um garantidor de direitos. Porém, a atual estrutura judiciária brasileira apresenta-se como um governo de cima para baixo. Sem participação direta na administração da grande maioria dos membros do Judiciário, os juízes de primeiro grau.

Percebemos uma contradição na forma como o Judiciário organiza sua administração. Se na função jurisdicional entre as diferentes justiças<sup>14</sup> temos uma estrutura horizontal, internamente, nestes mesmos órgãos temos uma estrutura verticalizada, hierárquica. Os Tribunais estaduais representam bem isso, com uma relação hierárquica em relação aos juízes de primeiro grau.

---

<sup>12</sup> Rocha utiliza o conceito positivo de ideologia, não adotado no presente trabalho.

<sup>13</sup> O livro é escrito antes da criação do CNJ, que não atende aos anseios de José de Albuquerque Rocha conforme defendido em sua obra.

<sup>14</sup> Federal, Trabalhista, Eleitoral, Militares, Justiças dos Estados e do Distrito Federal.

Quanto às funções administrativas, a forma antidemocrática é ainda mais visível. Os “administradores” das “justiças<sup>15</sup>” são escolhidos entre aqueles que compõem os tribunais (estaduais, federais, etc.). Porém, somente podem votar os membros do respectivo tribunal. Excluem-se, dessa forma, a grande maioria dos membros do judiciário, os juízes de primeiro grau. É um modo de organização autocrático.

Trata-se, evidentemente, de um modo de acesso ao poder e de uma forma de exercício, caracteristicamente autocrático, uma vez que a chefia é privativa da pequena classe de magistrados dos tribunais que se auto-elegem, perpetuando-se no poder e dele marginalizando a grande maioria.

O caráter autocrático da forma de organização do poder no Judiciário acentua-se ainda mais na medida em que o processo de recrutamento para compor os tribunais, dentre cujos membros são escolhidos, como vimos, os dirigentes da instituição, é, igualmente, autocrático, já que o acesso aos tribunais se faz pela técnica da promoção dos magistrados dos graus inferiores por escolha dos membros do próprio tribunal, afastando, assim, definitivamente, a possibilidade de participação dos demais segmentos da magistratura, por sinal a imensa maioria, na escolha, decisões e controle do pequeno grupo dos governantes. (ROCHA, 1995, p. 43)

Rocha define esse caráter autocrático do Judiciário brasileiro como típico das organizações burocráticas. Ancorado em Max Weber assevera:

Para Weber a burocracia é, essencialmente, um sistema de organização do poder que tem como principais características dos elementos seguintes: a) a distribuição vertical do pessoal dentro da organização; b) a profissionalização; c) a propensão por um método decisional técnico. (ROCHA, 1995, p. 44)

Estes elementos formam um complexo sistema de mando e subordinação, sua estrutura é a típica pirâmide burocrática. No Judiciário o controle é exercido nas duas funções (jurisdicional e administrativa) com a revisão das decisões em segundo grau e com o controle disciplinar, funcional dos magistrados “inferiores” pelos tribunais. O resultado é que os administradores dos tribunais acabam constituindo-se como uma classe apartada dos demais juízes, reversando entre si o poder, sem necessidade alguma de prestação de contas (política e administrativa).

Assim, o controle dos tribunais sobre os órgãos inferiores manifesta-se sob um duplo aspecto: administrativamente, controlando, sob todos os ângulos, o estatuto do juiz, desde o recrutamento até o regime disciplinar, passando pelas promoções; e jurisdicionalmente, revendo suas decisões para reforma-las ou não.

Efeito óbvio do modelo burocrático é a completa autonomia dos centros detentores do poder na organização, que definem, soberanamente, ou seja, sem a participação dos demais segmentos, as regras que presidem as relações no interior do grupo, principalmente as regras sobre o acesso aos órgãos do vértice da pirâmide, circunstância que os torna independentes de qualquer controle ou interferência daqueles sobre os quais exercem o poder, circunstância que caracteriza, justamente, o poder burocrático. (ROCHA, 1995, p. 45)

---

<sup>15</sup> Nos referimos aos diferentes ramos do judiciário, explicitados na nota acima.

No caso brasileiro, o caráter escalonado da revisão das decisões judiciais acaba levando o juiz de primeiro grau a uma inferioridade funcional. É como se os juízes que compõem os tribunais sejam mais capazes que os da primeira instância. Porém, são justamente estes que tem maior possibilidade de compreensão do litígio, por todo o acesso ao instrumental probatório. Além disso, o desprestígio no juízo de primeiro grau acaba por levar o magistrado a considerar sua decisão pouco importante, já que será revista pelo tribunal. Ainda há o risco, pelo sistema de promoção, do carreirismo, que faz com que o juiz acabe seguindo o posicionamento dos tribunais superiores.

A estrutura supramencionada acaba por trazer consequências à independência do Judiciário, entendida sob o aspecto político e organizativo, quanto do membro do judiciário, em seu aspecto funcional e administrativo.

Quanto à independência do Judiciário, o sistema autocrático, no momento em que impede o controle democrático de seu funcionamento, viola o art. 1º e seu parágrafo único da Constituição Federal<sup>16</sup>. Excluída a participação da maioria dos membros da instituição na forma de escolha de seus administradores, a ofensa ao Estado Democrático de Direito é direta. Forma-se um governo oligárquico, sem nenhuma prestação de contas aos administrados.

Além disso, o membro do Judiciário cumpre função social, agindo na resolução de conflitos, mitigando a liberdade das partes em agir. A independência do julgador é princípio basilar do Estado Democrático. Quando o juiz julga e sua decisão sofre o controle do órgão autocrático (administração dos tribunais) que é o mesmo órgão pode deve avaliar sua promoção, decidir sobre sua vida funcional, sua independência está ameaçada.

Então, a articulação piramidal do Judiciário, submetendo o magistrado a controles e induzindo-o, pelo temor, a uma posição de “conformismo” a respeito das orientações derivadas do vértice da pirâmide, mostra-se incompatível com a essência da atividade julgadora que é a independência no seu exercício. Atinge, portanto, a independência interna do juiz já que o condicionamento provém dos centros de poder internos ao Judiciário. (ROCHA, 1995, p. 50)

Ora, a hierarquia judiciária, com esta forma de controle, ainda evita o surgimento de decisões inéditas, que confrontam o entendimento dominante.

<sup>16</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O resultado de tudo isso é uma inibição do juiz de primeiro grau a procurar dar interpretação evolutiva aos textos legais, o que ofende, mais uma vez, o princípio democrático que reclama uma contínua adequação da ação dos órgãos públicos, sobretudo das decisões judiciais, às exigências atuais da comunidade, já que democracia não é só participar de eleição periodicamente. (ROCHA, 1995, p. 51)

Atualmente, o surgimento do Conselho Nacional de Justiça tem enfrentado duras críticas ao seu pleno funcionamento. Apesar de sua composição não obedecer aos anseios democráticos, sua existência demonstra um avanço para que possamos discutir com mais profundidade os problemas do Judiciário.

#### ***2.4.2 As interfaces do aparelho judiciário com a política***

Durante a maior parte do Século XX o Judiciário foi o mediador necessário ao Estado de Direito. O Juiz cumpriu o papel de um ente apolítico, neutro e independente, que decidia conflitos políticos a um paradigma absoluto: a lei.

Esse modo de compreender o Judiciário está hoje em crise. Desde o surgimento de novos sujeitos sociais que demandam ao Judiciário o cumprimento de direitos que o Poder Executivo omite-se em realizar à crítica da própria magistratura a sua identidade profissional.

O papel do Judiciário tornou-se, no Brasil contemporâneo, objeto de intensa polêmica. Primeiro, porque os tribunais passaram a ser cada vez mais demandados em temas de natureza tributária, reduzindo significativamente a capacidade de ação do Poder Executivo em matéria de política econômica. Segundo, porque os tribunais também passaram a ser crescentemente procurados pelos diferentes movimentos populares, que se apropriaram da política e discursivamente dos direitos humanos com o propósito de utilizá-los judicialmente como sinônimo de direito às maiorias marginalizadas. Terceiro, porque a própria magistratura cindiu-se ideologicamente, com a maioria dos juízes mantendo uma postura interpretativa tradicional, de caráter basicamente exegético, enquanto uma expressiva minoria optou por uma hermenêutica heterodoxa, ou seja, crítica, politizada e com grande sensibilidade social. (FARIA, 2005, p. 11).

No atual estado brasileiro, tudo é pedido ao Judiciário. A inflação da jurisdição acaba por colocar o juiz em uma encruzilhada. Atender aos anseios dos usuários do sistema de justiça, ávidos por suprir o vácuo político de negação de direitos repesada desde o governo militar até o governo atual; e ao mesmo tempo adequar-se à prática judiciária: dogmática, legalista, patrimonialista e individualista.

O juiz encontra-se entre a inovação e o tradicional, entre experimentar e adequar-se. É uma crise advinda da crise de mediação judiciária frente às demandas políticas reprimidas. O Judiciário é chamado a cumprir o papel político de efetivar direitos, enquanto que as ruas, praças são cada vez mais esvaziadas de manifestações e mobilizações em prol desses direitos. A apatia política acaba gerando uma procura ao Judiciário. Pietro Barcellona afirma que é uma crise de mediação do sistema jurídico ao Estado de Direito. “O juiz, hoje, não consegue

mais mediar entre experiência e sistema: como Dom Quixote é condenado a seguir um destino continuamente colocado fora da realidade.” (BARCELLONA, 1995, p. 94)

Dom Quixote é o símbolo da magistratura que busca concretizar os direitos previstos na Constituição. Como o personagem, está sempre a buscar experiências, porém, sempre condicionado pelo sistema judicial, pela dogmática jurídica, pela hermenêutica tradicional que busca mitigar normas que declaram direitos em prol de valores como segurança jurídica. A tensão entre direito de propriedade, proteção possessória e função social exemplifica bem isso.

A metáfora demonstra que o pensamento dominante na ciência jurídica é aquele que tolhe a experiência, a inovação. Estas somente são permitidas dentro do círculo dogmático e da interpretação tradicional.

Giorgio Agambem, em um belo livro, intitulado “Infância e História”, atribuiu à vitória do “cogito” cartesiano o fim da fantasia e da experiência: o fim da experiência como experiência vivente que se faz, conta-se e auto-representa-se em uma relação contínua com a dimensão da fantasia e da imaginação. Depois de Descartes, a experiência torna-se a verificação da hipótese; tudo é consignado então a potência do “logos” e do cálculo matemático; “o domínio da lógica disponente”, para usar uma expressão de Gargani, torna-se o signo do domínio sobre a natureza, a abstração e o desvio da vontade de poder da riqueza e complexidade da pessoa viva. (BARCELLONA, 1995, p. 94)

O magistrado que busca “experimentar” compreende o outro que não tem voz política, que busca o Judiciário como forma de escapar do círculo de privações que o Executivo e o sistema econômico lhe impõem. É a tensão entre a ordem e o novo. Entre a fantasia e o real. A crise da política, com sua transformação em técnica administrativa, em arte do possível, chegam ao Judiciário a partir das demandas dos diversos movimentos sociais, com a crença de que o “justo” prevalecerá no Judiciário.

De um lado, evidencia-se a impossibilidade de uma tutela jurisdicional dos desejos sociais: não se poderá jamais jurisdicionar o direito à moradia, à saúde, os chamados direitos sociais, mesmo por que passam pelas relações de força e mediação administrativa. Do outro, um economicismo de fundo está reduzindo o jurista a um técnico de análise dos custos e benefícios. Grande crise do formalismo, então, mas também sua consumação, porque nessa complexidade proteiforme, neste esfacelamento, dimensão do múltiplo, tudo vem reduzido a necessidades que podem ser satisfeitas à apropriabilidade de desempenhos, a instituições, àquela que é chamada a diferenciação funcional: tudo pode encontrar um baú em que colocar-se. À crise da grande mediação política e jurídica corresponde uma hipermediação parcelizada. (BARCELLONA, 1995, p. 96).

Pietro Barcellona defende a retomada do horizonte metafísico à política, transformada pelo capitalismo em constante adequação ao sistema, redução de horizonte utópico. O Direito

e o Judiciário, historicamente, cumpriram a tarefa de manter esta adequação. Porém, as contradições atuais não permitem que tal contenção continue, pelo menos da mesma forma. A busca pela concretização dos direitos previstos na Constituição e a permanente tensão com a cultura jurídica tradicional, leva a clarificação, ao aparecimento do que o sistema sempre buscou deixar invisível, tudo o que estava fora da política entendida como regras de administração das cidades e dos povos. Toda magistratura que busca “experimental”, que se atreve a superar os limites dogmáticos, dá um passo para encontrar o resíduo invisível do sistema, descortinando as relações entre direito, política e judiciário.

O invisível é exatamente o outro, a alteridade: o que vem depois do sistema é exatamente o mundo das diferenças qualitativas. Este mundo invisível é, todavia, materialmente presente nas dobras da vida cotidiana; refiro-me aos órfãos de que falava Rosana Rossanda em um artigo do “Manifesto” sobre crianças que se suicidam, refiro-me a tudo isso que, de qualquer modo, alude a uma vida destituída de valores. Este mundo invisível é um mundo com referência ao qual o direito tinha uma tarefa: a de indicar um limite, a de garantir uma autonomia. Por quê? Porque neste invisível concentra-se tudo o que não é político, o que não é esta política, que não se deixa reduzir ao “presente.” (BARCELLONA, 1995, p. 98).

A relação entre Direito, Poder Judiciário e Política são temas de controversos debates, as linhas divisórias entre um e outro são cruzadas, há intersecções. O direito é chamado a exercer o papel de mediador do real e dos desejos, entre o que está sob o manto do Estado de Direito, não vindo à tona e o que esforçar-se por aparecer, por surgir como sujeito de direito. Podemos distinguir um caráter próprio da norma jurídica, porém, o tema torna-se mais complexo na medida em que são exigidas decisões judiciais que passam por normas estabelecidas na Constituição para a formulação de políticas públicas ou garantia de direitos que exigem maior esforço orçamentário por parte do Estado.

Nos chamados *Hard Cases* (casos difíceis) o juiz deve decidir sobre temas complexos, em que a colisão de normas de direitos fundamentais, a ambiguidade de expressões constitucionais são frequentes, exigindo ao julgador uma jornada não só pelo Direito, mas também por outros saberes.

Tradicionalmente a política é separada do direito, não havendo influências no julgamento. Esta é a visão da teoria tradicional do Direito. Luis Roberto Barroso alerta para outro modelo:

Há um modelo oposto a esse, que se poderia denominar de modelo cético, que descrê da autonomia do direito em relação à política e aos fenômenos sociais em geral. Esse é o ponto de vista professado por movimentos teóricos de expressão, como o realismo jurídico, a teoria crítica e boa parte das ciências sociais contemporâneas. Todos eles procuram descrever o mundo jurídico e as decisões judiciais como são, e não como deveriam ser. Afirmam, assim, que a crença na objetividade do direito e a existência de soluções prontas no ordenamento jurídico

não passam de mitos. Não é verdade que o direito seja um sistema de regras e princípios harmônicos, de onde um juiz imparcial e apolítico colhe as soluções adequadas para os problemas, livre de influências externas. Essa é uma fantasia do formalismo jurídico. Decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juizes, proclama o realismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica; são influenciados por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais. (BARROSO, 2011, p. 386)

Concordamos em parte com o professor, pois é certo que um grande número de decisões judiciais ligadas a esfera privada (indenizações, divórcios, separações) tem pouca ou nenhuma interferência da política entendida como o sistema parlamentar e executivo. Mas estão ligadas diretamente ao modelo de produção econômica que criou um sistema de regras de proteção à propriedade privada, em que aspectos sucessórios são extremamente importantes.

Por outro lado, a teoria crítica não é cética com relação as relações entre Direito e Política, mas observa que determinado entendimento jurisprudencial, doutrinário está sujeito a um tipo de influência construída por uma ideologia dominante. É um processo interno mais que externo. É uma influência indireta, mediada, porém fundamental para o funcionamento de todo o sistema.

Se os valores, convicções pessoais, morais religiosas, aspectos psicológicos todos fazem parte da construção de decisão judicial, estão todos eles já mediados pela ideologia jurídica, que é fruto de um sistema social que, com o desenvolvimento da forma jurídica, normatiza com diversos sentidos, inclusive o mandamento ideológico, de conservação de valores próprio de autopreservação sistêmica. Com isso, teorias surgiram explicando os fenômenos jurídicos a partir de um ponto inicial, o marco do direito como ciência, como produto da vontade geral da maioria (mesmo contra essa mesma maioria).

Porém, mesmo do ponto de vista da dogmática, é possível buscar fundamentações e argumentos que façam prevalecer direitos sociais em detrimento de uma lógica meramente privatista. Isto parte essencialmente de uma teoria dos direitos fundamentais e de uma hermenêutica constitucional que, não rompendo totalmente com o positivismo, avança em direção a uma prática judicial que tome parte na efetivação de direitos.

### **3 IDEOLOGIA JURÍDICA E DISCURSO DO DIREITO**

A argumentação que aqui iniciamos vai de encontro a uma determinada compreensão do direito apenas como conjunto de normas, e visa defender que além das normas existe algo mais no direito. Identificar, no discurso jurídico, sua parte normativa e sua parte não normativa é o primeiro passo para compreendermos os motivos que levam o direito a proferir determinadas regras.

Abordaremos questões referentes às causas do direito e da produção da dominação através do direito. Para isso, iniciaremos com uma abordagem concreta sobre a ideologia em geral, chegando à ideologia jurídica e ao discurso do direito.

Antes, porém, de forma sucinta, é preciso esclarecer qual concepção do direito adotamos, de forma a deixar claro a que nos referimos, e qual linha teórica seguiremos em todo o trabalho.

Consideramos que o Direito é o discurso que organiza a violência em determinada sociedade. Tal compreensão vem de Kelsen, Ross e é adotada por Oscar Correias. Segundo Kelsen:

O que distingue a ordem jurídica de todas as outras ordens sociais é o fato de que regula a conduta humana através de uma técnica específica. Se ignorarmos este elemento específico do direito e não o concebemos como uma técnica social específica e o definimos simplesmente como ordem e organização, e não como ordem (ou organização) coercitiva, perderemos a possibilidade de diferenciá-lo de outros fenômenos sociais.

(...)

Uma norma é jurídica quando ela própria estabelece uma sanção, e não porque sua eficácia esteja assegurada por outra que estabelece uma sanção. O problema da coação (compulsão, sanção) é um problema sobre o conteúdo das normas e não um problema de asseguramento de sua eficácia. (KELSEN apud CORREAS, 1995, p. 58)

E Ross,

Um ordenamento jurídico nacional é um corpo integrado por regras que determinam as condições sob as quais deve ser exercida a força física contra uma pessoa... Sinteticamente: um ordenamento jurídico nacional é o conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparato de força do estado. (ROSS apud CORREAS, p. 58).

Sendo um discurso organizador da violência, o direito dirige aos ameaçados por ele um conteúdo ideológico próprio, de justificação da aceitação das regras como justas.

Cabe acrescentar que embora o direito seja um discurso que organiza a violência e, portanto, está dirigido em primeiro lugar aos funcionários que devem exercer a força contra os infratores, não seria sensato ignorar que o destinatário do sentido é o indivíduo ameaçado, e isto é válido em relação aos cidadãos mas também aos próprios funcionários. Trata-se de um discurso que se por uma parte organiza a violência indicando quais membros da sociedade devem aplicá-la, e também como, quando e em que medida, por outra parte parece não fazê-lo. E parecendo não fazê-lo transmite ideologias de aceitação, como justas, das relações sociais descritas em seu sentido ideológico. (CORREAS, 1995, p. 59)

Desta forma, abordaremos a ideologia jurídica como forma de descortinar o discurso oculto do direito, ligado diretamente às entranhas do sistema capitalista e suas formas de dominação. Tal construção teórica será testada no fim deste trabalho, com a análise em concreto de decisões judiciais envolvendo conflitos fundiários urbanos.

### 3.1 Da ideologia em geral

Tradicionalmente a ideologia é considerada como um conjunto de ideias, como a adoção de uma concepção de mundo ou como “conjunto sistemático e encadeado de ideias” (CHAUÍ, 2001, p. 7). Esta seria uma concepção positiva da ideologia, que aqui refutamos. Consideramos a ideologia no sentido marxiano, com um caráter negativo, assumindo a característica de ser um “ideário histórico, social e político que oculta a realidade, e que esse ocultamento é uma forma de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política.” (CHAUÍ, 2001, p. 7)

Partindo da ciência moderna<sup>17</sup> ocidental, o Positivismo de Augusto Comte e Emile Durkheim contribuíram para a propagação da concepção de ideologia como conjunto de ideias.

Comte explica a transformação do pensamento humano por três fases para a explicação dos fenômenos: a) a fase teológica: a realidade é explicada através de ações divinas; b) a fase metafísica: a explicação da realidade ocorre a partir de princípios gerais e abstratos; c) fase positiva: a realidade é observada e explicada através de leis gerais e necessárias. Para Comte, a última fase é a definitiva e mais avançada. Cada uma dessas fases teria um conjunto de ideias que as explicariam.

Nessa medida, ideologia é sinônimo de teoria, esta sendo entendida como a organização sistemática de todos os conhecimentos científicos, desde a formação das ideias mais gerais, na matemática, até as menos gerais, na sociologia, e as mais particulares, na moral. (CHAUÍ, 2001, p. 31)

Na concepção positivista da ideologia, o saber é elevado a poder, valorizando apenas o conhecimento tido como científico, e por outro lado, marginalizando demais conhecimentos e práticas. A prática só é válida quando estiver subordinada a uma teoria científica da realidade.

A concepção positivista da ideologia como conjunto de conhecimentos teóricos possui três consequências principais:

I) Define a teoria de tal modo que reduz à simples organização sistemática e hierárquica de ideias, sem jamais fazer da teoria a tentativa de explicação e interpretação dos fenômenos naturais e humanos a partir de sua origem real. Para o positivista, indagar sobre a origem é especulação metafísica e teológica de fases atrasadas da humanidade, pois o sábio positivista deve lidar apenas com os fatos dados à sua observação.

II) Estabelece entre a teoria e a prática uma relação autoritária de mando e de obediência, isto é, a teoria manda porque possui as ideias, e a prática obedece porque é ignorante. Os teóricos comandam e os demais se submetem.

III) Concebe a prática como simples instrumento ou como mera técnica que aplica automaticamente regras, normas e princípios vindos da teoria. (CHAUÍ, 2001, p. 32).

<sup>17</sup> Afastamos, por limitação de método, um estudo histórico da ideologia desde a Grécia Antiga, e as contribuições das ciências não ocidentais.

Durkheim tem uma visão da ideologia um pouco diferenciada, já que defende a neutralidade do investigador social diante dos fatos, com a absoluta separação entre sujeito do conhecimento e objeto do conhecimento. Dessa forma, considera ideologia todo conhecimento que afete as regras do seu método.

Hodiernamente é fácil observar que as concepções acima comentadas ainda tem muito alcance como senso comum. Não é raro ver críticas de que determinado trabalho científico é ideológico, justamente por que não haveria mantido a separação entre sujeito e objeto do conhecimento. Por vezes, encontramos o trato de teorias como ideológicas.

A concepção marxiana vai de encontro a concepção positiva de ideologia, demonstrando que a ideologia é um ocultamento do real, e, portanto, a própria concepção positivista da ideologia assume um caráter “ideológico”.

Karl Marx pôde construir sua teoria dessa forma por dois motivos fundamentais: a) Não realiza a separação das ideias das condições sociais e históricas em que surgem; b) parte da crítica a um dos pensadores que se dedicou a análise da produção das ideias de forma profunda: Hegel.

A filosofia de Hegel pode ser compreendida, de forma perfunctória, nos seguintes pontos:

a) Um trabalho filosófico para compreender a origem e o sentido da realidade como Cultura. A Cultura representa as relações dos homens com a Natureza pelo desejo, pelo trabalho e pela linguagem, as instituições sociais, o Estado, a religião, a arte, a ciência, a filosofia. É o real enquanto manifestação do Espírito.

(...)

b) Um trabalho filosófico que define o real pela Cultura e esta pelos movimentos de exteriorização e de interiorização do Espírito. O real é história.

c) Um trabalho filosófico que revoluciona o conceito de história por três motivos: - em primeiro lugar, porque não pensa a história como uma sucessão contínua de fatos no tempo, pois o tempo não é uma sucessão de instantes (antes, agora, depois; passado; presente; futuro) nem é um recipiente vazio onde se alojariam os acontecimentos, mas é um movimento dotado de força interna, criador dos acontecimentos. (...) – em segundo lugar, por que não pensa a história como um processo dotado de uma força ou de um motor interno que produz os acontecimentos. Esse motor interno é a contradição. (...) – em terceiro lugar por que não pensa a história como sucessão de fatos dispersos que seriam unificados pela consciência do historiador, mas, sim, pensa a história como processo contraditório unificado em si mesmo e por isso mesmo, plenamente compreensível e racional.

d) Um trabalho filosófico que concebe a história como história do Espírito. (...) A história é o movimento pelo qual o que o Espírito é em si (as obras culturais) torna-se o que o espírito é para si (compreensão de sua obra como realização sua). Esse momento final chama-se filosofia.

e) Um trabalho filosófico que pensa a história como reflexão. Reflexão significa: volta sobre si mesmo.

f) Um trabalho filosófico que procura dar conta do fenômeno da alienação. Hegel mostra que o exterior e o interior são as duas faces do Espírito, são dois momentos da vida e do trabalho do Espírito. (...) Ora, quando a interiorização não ocorre, isto é, quando o Sujeito não se reconhece como produtor das obras e como Sujeito da história, mas toma as obras e a história como forças estranhas, exteriores, alheias a ele e que o dominam e o perseguem, temos o que Hegel designa como alienação.(...)

g) Um trabalho filosófico que diferencia imediato e mediato, abstração e concreto, aparência e ser. (...) Isso significa que esses termos são contraditórios e reais. Sua síntese é efetuada pelo Espírito. Essa síntese é o que Hegel denomina conceito. (CHAUÍ, 2001, pp. 39-46)

A síntese da filosofia hegeliana constitui a dialética, que nada mais é que “a história como processo temporal movido internamente pelas divisões ou negações (contradição) e cujo Sujeito é o espírito como reflexão”. (CHAUÍ, 2001, p. 46).

Por colocar toda a produção cultural na figura do Espírito, que apenas pode criar ideias, mas não ações concretas, Hegel é chamado de Idealista. Família, sociedade, Estado, Direito, tudo é criação do Espírito, em diversas formas. Portanto, criação das ideias, e não da presença real e concreta de homens e mulheres ao longo da história. Hegel produz uma dialética idealista. É contra essa concepção que insurge-se Marx.

A principal obra de Marx sobre o tema é a Ideologia Alemã, em que realiza a crítica aos neo-hegelianos e à Hegel. Conservando o caráter dialético da filosofia hegeliana<sup>18</sup>, mas, diferencia-se ao demonstrar que a história não é produção do espírito e sim dos homens reais na produção cotidiana de suas condições de existência.

A história nada mais é que o suceder-se de gerações distintas, em que cada uma delas explora os materiais, os capitais e as forças de produção a ela transmitidas pelas gerações anteriores. (...)

Na história que se deu até aqui é sem dúvida um fato empírico que os indivíduos singulares, com a expansão da atividade numa atividade histórico-mundial, tornaram-se cada vez mais submetidos a um poder que lhes é estranho (e cuja opressão eles também representavam como um ardil do assim chamado espírito universal), um poder que se torna cada vez maior e que se revela, em última instância, como mercado mundial. (MARX, ENGELS, 2009, p. 40)

Procede-se assim a uma investigação que demonstra que é a partir da produção dos meios de existência que os homens produzem a história. Marx identifica que em cada modo de produção histórico houve o destacamento de um poder acima dos homens, que lhes causava opressão, e que a produção de consciência era determinada por este poder.

Finalmente, da concepção de história exposta acima obtemos, ainda, os seguintes resultados: 1) No desenvolvimento das forças produtivas advém uma fase em que surgem forças produtivas e meios de intercâmbio que, no marco das relações existentes, causam somente malefícios e não são mais forças de produção, mas forças de destruição (maquinário e dinheiro) – e, ligada a isso, surge uma classe que tem de suportar todos os fardos da sociedade sem desfrutar de suas vantagens e que, expulsa da sociedade, é forçada à mais decidida oposição a todas as outras classes. (...) 2) Que as condições sob as quais determinadas forças de produção podem ser

<sup>18</sup> Movimento interno de produção da realidade cujo motor é a contradição.

utilizadas são as condições da dominação de uma determinada classe da sociedade, cujo poder social, derivado de sua riqueza, tem sua expressão prático-idealista na forma de Estado existente em cada caso; (...) 3) que em todas as revoluções anteriores a forma da atividade permaneceu intocada, e tratava-se apenas de instaurar uma outra forma de distribuição dessa atividade, uma nova forma distribuição do trabalho entre outras pessoas; (MARX, ENGELS, 2009, p. 42)

Desta forma, Marx e Engels podem realizar a crítica à filosofia hegeliana:

Essa concepção da história consiste, portanto, em desenvolver o processo real de produção a partir da produção material da vida imediata (...). Ela não tem necessidade, como na concepção idealista da história, de procurar uma categoria em cada período, mas sim de permanecer constantemente sobre o solo da história real; não de explicar a práxis partindo da ideia, mas de explicar as formações ideais a partir da *práxis* material e chegar, com isso, ao resultado de que todas as formar (e todos os) os produtos da consciência não podem ser dissolvidos por obra da crítica espiritual, por sua dissolução na “autoconsciência” ou sua transformação em “fantasma”, “espectro”, “visões” etc., mas apenas pela demolição prática das relações sociais reais (*realen*) de onde provêm essas enganações idealistas; não é a crítica, mas a revolução a força motriz da história e também da religião, da filosofia e de toda forma de teoria. (MARX, ENGELS, 2009, p. 43).

A partir das relações concretas da produção humanitária de seus modos de existência surgem as formulações teóricas e não o contrário. Porém, durante a produção da existência a humanidade divide-se em classes, demonstradas pela história, como desiguais, opressoras e oprimidas. Toda concepção que busque uma ideia eterna e imutável irá desconsiderar que a relação de dominação entre as classes é concreta, produzida materialmente e pela consciência.

As ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes, isto é, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. A classe que tem à sua disposição os meios da produção material dispõe também dos meios da produção espiritual, de modo que a ela estão submetidos aproximadamente ao mesmo tempo os pensamentos daqueles aos quais faltam os meios da produção espiritual. (MARX, ENGELS, 2009, p. 47)

A classe dominante também produz suas ideias de formas que elas adquiram um caráter universal.

Os indivíduos que compõe a classe dominante possuem, entre outras coisas, também consciência e, por isso, pensam; na medida em que dominam como classe e determinam todo o âmbito de uma época histórica, é evidente que eles o fazem em toda sua extensão, portanto, entre outras coisas, que eles dominam também como pensadores, como produtores de ideias, que regulam a produção e a distribuição das ideias de seu tempo; e, por conseguinte, que suas ideias são as ideias dominantes da época. (MARX, ENGELS, 2009, p. 47)

A noção de ideologia em Marx está diretamente ligada às relações de dominação. Por isso seu caráter negativo.

Assim, grosso modo, nos parece que o conceito de ideologia em Marx é inseparável dos seguintes elementos: ideologia pressupõe uma relação de dominação, uma relação na qual a classe dominante expressa essa dominação em um conjunto de ideias; ideologia pressupõe inversão, velamento da realidade, naturalização das relações de dominação e, daí, sua justificação; ideologia pressupõe, finalmente, a apresentação de ideias e concepções de mundo particulares como sendo universais. (IASI, 2007, p. 81)

Segundo uma concepção marxiana não é possível falarmos de ideologia sem referirmo-nos à opressão e dominação. Daí a impropriedade, segundo Marx, de uma ideologia proletária, ou uso da expressão ideologia para designar qualquer conjunto de ideias.

A ideologia nasce da produção de existência, da necessidade de manutenção do poder, expandindo ideias de apenas uma classe com característica de generalidade, espalhando seu modo de viver e pensar para toda a sociedade. Porém, cada classe tem condições materiais distintas, enquanto uma pode viver realmente o que pensa, a outra apenas vive no desejo. Para Marilena Chauí “a ideologia é o processo pelo qual as ideias da classe dominante tornam-se ideias de todas as classes sociais, tornam-se ideias dominantes”. (CHAUÍ, 2001, p. 88)

Porém, para que a ideologia funcione, é preciso que a sociedade como um todo não perceba, não se identifique como pertencente a uma classe, mas sim dentro de um gênero em que as diferenças sociais são atribuídas à sorte, esforço pessoal, ou até mesmo favorecimento divino. A transformação das ideias dominantes em ideias comuns é o primeiro passo para evitar a identificação de classe. Ocorre uma inversão, ideias que são apenas a aparência, que não constituem o real, são consideradas válidas, enquanto a relação concreta de dominação produzida diariamente não o é.

A ideologia é produzida tanto pelos pensadores da classe dominante ou em ascensão, transformando as ideias desta classe em universais, em aspirações de toda a sociedade. É preciso que tais ideias sejam interiorizadas por toda a sociedade, principalmente pelos seus membros não-dominante. Para Marilena Chauí a ideologia é determinada por:

- 1) separação entre trabalho material/manual e trabalho espiritual/intelectual; 2) essa separação dos trabalhos estabelece a aparente autonomia do trabalho intelectual face ao trabalho material; 3) essa autonomia aparente do trabalho intelectual aparece como autonomia dos produtores desse trabalho, isto é, dos pensadores; 4) Essa autonomia dos produtores do trabalho intelectual aparece como autonomia dos produtos desse trabalho, isto é, das ideias; 5) essas ideias que aparecem como autônomas são as ideias da classe dominante de uma época, e tal autonomia é produzida no momento em que se faz uma separação entre os indivíduos que dominam e as ideias que dominam. (...); 6) a ideologia é, pois, um instrumento de dominação de classe e, como tal, sua origem é a existência da divisão da sociedade em classes contraditórias e em luta; 7) a divisão da sociedade em classes realiza-se como separação entre proprietários e não-proprietários das condições e dos produtos do trabalho, como divisão entre exploradores e explorados, dominantes e dominados, e, portanto, realiza-se como luta de classes; 8) se a dominação e a exploração de uma classe forem perceptíveis como violência, isto é, como poder injusto e ilegítimo, os explorados e dominados sentem-se no justo e legítimo direito de recusá-lo, revoltando-se. Por esse motivo, o papel específico da ideologia como instrumento da luta de classes é impedir que a dominação e a exploração sejam percebidas em sua realidade concreta; 9) por ser o instrumento encarregado de ocultar as divisões sociais, a ideologia deve transformar as ideias particulares da classe dominante em ideias universais, válidas igualmente para toda a sociedade; 10) a universalidade dessas ideias é abstrata, pois no concreto existe ideias particulares

de cada classe (...); 11) a ideologia é uma ilusão, necessária à dominação de classe. (CHAUÍ, 2001, p. 97).

Compreendemos o sentido do termo ideologia como abstração e inversão, produzindo consciências de não indagação das origens de produção de nossa ordem social. A ideologia é uma prática que “partindo da experiência imediata dos dados da vida social, constrói abstratamente um sistema de ideias ou representações sobre a realidade”. (CHAUÍ, 2001, p. 99).

Entendendo a ideologia como instrumento de dominação, como ocultação da realidade, falseamento. Passamos agora a investigar o papel ideológico do direito, explicitado através do discurso jurídico.

### 3.2 A natureza ideológica do discurso jurídico

A análise do Direito como fenômeno ideológico, dentro de uma linha de pensamento marxista, que incorpora a base econômica da sociedade como estrutura a qual se ergue uma superestrutura ideológica, entre elas o direito moderno pode ser realizada através do discurso jurídico, identificando nos textos produzidos pelo direito as características ideológicas.

A hipótese de que aqui se parte é de que o direito contém em seus textos –entendidos como qualquer objeto cultural<sup>19</sup> um sentido deontico (norma jurídica) e um sentido ideológico. E que é possível sustentar tal afirmação cientificamente<sup>20</sup>.

Antes abordaremos alguns conceitos básicos da análise do discurso. Para isso nos valem das lições de Oscar Correias. O elemento básico são os **signos**, as palavras ou conjunto de palavras que designam expressões, como “relação de trabalho” ou “compra e venda”. Os sistemas de signos são as **linguagens**, naturais como os idiomas nacionais, ou derivados, como a linguagem musical, matemática, etc.

Para que uma linguagem seja entendida é preciso a existência de um **código**, que é justamente um discurso prévio que identifica que aquela forma – linguagem – produz determinada mensagem. Porém, podem existir no mesmo texto vários códigos:

Mas, como veremos, além do código constituído pelas regras da linguagem natural há outros códigos que permitem transmitir outros sentidos. Por exemplo, um artigo jornalístico sobre economia pode ser lido utilizando, pelo menos, dois códigos, o da linguagem em que está formulado e o da teoria econômica na qual está instalado o autor do artigo. (CORREAS, 1995, p. 30)

<sup>19</sup> E compreendendo cultura como qualquer produto do trabalho humano.

<sup>20</sup> Anteriormente neste trabalho fazemos diversas considerações sobre o que compreendemos por Ciência e cientificidade de um trabalho.

Percebemos assim que também os textos jurídicos podem ser lidos por mais de um código, o que nos permitirá identificar o sentido ideológico que os mesmos contêm.

Nesse sentido, nos reportamos à **ideologia** como um determinado conteúdo de consciência, marcado pela característica de uma relação de poder de dominação, e nos referimos a **discurso** como a materialização desta ideologia.<sup>21</sup> No caso, nos deteremos em uma parte da ideologia geral da sociedade, a ideologia jurídica.

A compreensão da ideologia jurídica parte da compreensão do direito como discurso prescritivo, com enunciados de proibição, obrigação ou permissão. Contrário ao discurso descritivo, o direito indica um fazer.

Porém, o direito não é só um discurso prescritivo, pois outros existem na sociedade, mas que detém determinadas características: a) é um discurso que organiza o uso da violência; b) é um discurso produzido por um produtor qualificado e c) é um discurso com conteúdo autorizado por outro discurso.

Sobre o primeiro tópico já escrevemos mais acima. Reforçamos que como discurso que organiza a violência é dirigido aos funcionários que devem aplicar o direito e aos cidadãos.

Trata-se de um discurso que se por uma parte organiza a violência indicando quais membros da sociedade devem aplica-la, e também como, quando e em que medida, por outra parte parece não fazê-lo. E parecendo não fazê-lo transmite ideologias de aceitação, como justas, das relações sociais descritas em seu sentido ideológico. Caso não estivermos sempre vigilantes a partir de uma atitude crítica o direito pode aparecer como um discurso inocente, organizador de condutas socialmente benéficas, que parece dirigir-se aos cidadãos oferecendo possibilidades de produção de condutas, escondendo seu rosto repressivo. Mas isto é apenas uma manobra diversionista, a violência organizada está ali, a serviço de quem pode fazê-la funcionar utilizando a legitimidade que lhe empresta este discurso repressivo. (CORREAS, 1995, p. 61)

A principal objeção a esta concepção é a de Hart que considera que no discurso do direito existem normas que ameaçam com violência e outras não.

Mas existem importantes tipos de normas jurídicas a respeito das quais esta analogia de ordens respaldadas por ameaças não cabe, em absoluto, porque elas cumprem uma função social totalmente distinta. As regras jurídicas que definem o modo de realizar contratos, celebrar matrimônios ou outorgar testamentos válidos, não exigem que as pessoas atuem de modos determinados, o queiram ou não. Tais normas não impõem deveres ou obrigações. (HART apud CORREAS, 1995, p. 65)

Porém, Oscar Correias rebate a posição de Hart já que até mesmo nas regras que aparentam não ameaçar com a violência, há uma ameaça aos funcionários responsáveis por aplicar as normas.

---

<sup>21</sup> Oscar Correias chega a exemplificar que seria algo similar a diferença entre matéria e forma em Aristóteles.

Relativamente ao exemplo do Testamento, ou a qualquer outro similar, suponho que na Inglaterra, do mesmo modo que na América, um juiz ou um tabelião que aceite como válido um testamento que não tenha sido elaborado em conformidade com estas normas deve ser castigado com as penas previstas para o delito de descumprimento dos deveres de funcionário público. (CORREAS, 1995, p. 65)

O segundo elemento é a qualidade do produtor do discurso do direito, que impõe a necessidade de que aquele que produz o discurso está autorizado a fazê-lo, que, no nosso caso, é o Estado.

Para o reconhecimento do discurso do direito remetemos ao produtor: se quem produz o discurso tem a faculdade de produzi-lo, ou seja, se está autorizado pelo discurso do direito previamente aceite, então este discurso é do direito. (CORREAS, 1995, p. 67)

Basicamente teremos uma tipificação de produtores do direito, identificados como aqueles que advêm do Estado, que podem ser os legisladores; os funcionários da administração pública; os juízes e os particulares autorizados (delegação de funções).

O terceiro elemento é ser um discurso autorizado por outro discurso. Aqui é a explicação que a produção do direito, mesmo quando provindo de uma autoridade qualificada, deve ter um conteúdo autorizado. Não pode o juiz julgar *extrapetita*, como não pode o legislador aprovar lei contra a Constituição.

Aqui se retorna a Kelsen, pois o discurso do direito só pode ser aceite considerando-se que quem recebe o conteúdo do discurso jurídico identifica que aquele conteúdo pode ser produzido por aquela autoridade, e isso é possível com a ficção da norma fundamental.

Existem assim vários tipos de textos, que podem conter diversos enunciados. As normas, assim como qualquer texto, devem ter as características acima, que podemos identificar como **discurso do direito**, discurso produzido diretamente pelas normas. Porém ainda existe, nos textos jurídicos, outro discurso, que pode ser denominado como **discurso jurídico**: “discursos prescritivos ou descritivos que acompanham o direito no próprio texto ou constituem meta-discursos a respeito dele.”

Segundo Correias:

Se tratará, então, dos fundamentos das resoluções, das apreciações e descrições dos professores, funcionários, dos cidadãos, dos cientistas, mas também dos textos que provocam a perplexidade dos juristas, como as definições e as prescrições que não ameaçam com a violência mas que tem uma efetividade específica por estar nos mesmos textos que o direito. Um exemplo disto são as expressões que a primeira vista parecem somente expressões de bom desejo como as que conferem o “direito ao trabalho” ou o “direito à moradia” em algumas constituições. Pelo fato de que não são normas, posto que não estabelecem que é o ameaçado caso tais direitos não sejam respeitados, se consta inúmeras vezes que são a causa direta de que alguns funcionários produzam normas fundamentando-se em tais discursos. (CORREAS, 1995, p. 114)

Os diversos enunciados acima descritos têm sempre o mesmo referente, que é o direito, portanto, são diversos conteúdos ideológicos dentro do mesmo texto. Neste ponto, é importante distinguir entre sentido deôntico e sentido ideológico do discurso do direito.

Sentido deôntico é o que é encontrado nos enunciados do discurso do direito através de uma análise a partir dos operadores deônticos: proibir, permitir, obrigar. No caso de um enunciado que afirma: “é obrigatório pagar os impostos antes do dia primeiro de abril”<sup>22</sup> encontramos o sentido deôntico de “entregar uma quantidade de dinheiro.”

Porém, é preciso buscar também o sentido ideológico, ou seja, o direito diz algo mais do que deveria com o enunciado normativo.

Utilizaremos a expressão sentido ideológico do direito para denotar a presença de outros sistemas significantes em um discurso cuja função, ao menos aparentemente, é somente a de dar o sentido do dever às condutas dos cidadãos. No caso do imposto municipal é fácil ver que a palavra “contribuição” conota um sistema significativo cujo tema ou princípio de coerência é a idéia de que o Município é de todos e que todos entregamos algo para que nos seja retribuído em serviços. Esse sistema significativo conotado é o que chamaremos sentido ideológico do direito. (CORREAS, 1995, p. 117).

A identificação dos dois sentidos presentes na norma jurídica nos permite perceber que além do “fazer” contido na norma, estão contidas informações sobre “o mundo no qual alguém pretende que o outro faça algo”.

Tal distinção não é novidade na teoria geral do direito, porém, normalmente os juristas isolam o sentido deôntico para estudá-lo. É preciso também analisar o sentido ideológico, no qual podemos chegar a uma ideologia jurídica.

A ideologia jurídica é justamente o discurso que acompanha o direito, tanto extraído das normas através da análise minuciosa quanto presentes naqueles que falam sobre o direito, como os magistrados e demais funcionários do Estado.

Igualmente se trata do discurso que, acompanhando o direito, o explica, o fundamenta, ajuda a interpretá-lo, o maquia, ou inclusive, prescreve condutas que o poder espera que se acredite que se produzem e não que efetivamente se produzam. (CORREAS, 1995, p. 119)

Mas, como construção histórica e dialética pode surgir fissuras nesta ideologia jurídica, com a produção de um discurso contra-hegemônico à ideologia predominante, é o caso de juízes que, sustentados em normas constitucionais abertas e que não trazem nenhum sentido deôntico<sup>23</sup>, como, por exemplo, o direito fundamental à moradia, acabam por construir

<sup>22</sup> Exemplo encontrado em Oscar Correia, op. Cit.

<sup>23</sup> Para Correias, não são normas jurídicas, pois não tem suas características anteriormente expostas neste trabalho. Adotamos uma posição de que tais enunciados consistem em princípios, portanto, normas jurídicas de conteúdo obrigatório para o Estado, que é confeccionar política pública para efetivar tal direito.

julgados que priorizam o não despejo de famílias em detrimento do direito de propriedade dos chamados “especuladores imobiliários”.<sup>24</sup>

O fundamento de uma concepção científica de ideologia jurídica é uma ruptura entre o sentido do discurso do direito e as relações sociais. Ora, é comum identificarmos, e a sociologia muito produziu sobre isso, que o referente do discurso jurídico são as relações sociais, ou mesmo que o direito é produzido pelas relações sociais. Teríamos então uma relação direta: relações sociais e direito. Porém, podemos ir identificando complexidades nesta aparente simples e certa afirmação.

A sociologia, no geral, trata as relações sociais como causa do direito. O que afirmamos aqui é que não há contato entre a suposta causa e o discurso do direito. Portanto, a análise precisa ser minuciosa para identificar qual o complexo de elementos que compõe a ideologia jurídica dentro de uma análise epistemológica das relações sociais e direito. Correias traz argumentos importantes.

Aqui tratamos é de, precisamente, destacar a dificuldade de chamar “causa” ao que é referente, sendo que a análise da linguagem mostra que um hiato entre direito e relações sociais. Com pode ser causa de algo o que não tem contato com este algo? Como pode haver causalidade se há ruptura ontológica entre os termos que se pretende conectar através desta relação? Ou, ainda, como podemos afirmar, com plausibilidade, que algo a respeito do que não podemos dizer que tenha homogeneidade ontológica com outra coisa seja a causa dela? Ou, dito de outro modo, do que se trata é de se destacar que a afirmação tradicional é uma hipótese que é necessário fundamentar com muito mais cuidado do que geralmente o fazem os sociólogos ainda que, devido ao irremediável hiato entre sentido e referente, de antemão se antecipa como uma fundamentação trabalhosa. Além disso, note-se que chegamos a um ponto de confluência e confusão entre referência e causa do discurso. (CORREAS, 1995, p. 154).

A identificação do sentido ideológico do discurso jurídico deve passar pela identificação das relações de produção como determinantes das relações sociais. Neste sentido, é possível afirmar que as relações sociais, ao serem objetos do discurso jurídico, sofrem uma distorção de sua realidade. Desta forma é possível que o direito, ao se referir aos contratos como acordos de vontade, oculte que as relações sociais são de circulação mercantil, regidas por outras regras que não o livre acordo de vontades, por exemplo, o contrato de trabalho, em que não há liberdade do trabalhador (proprietário unicamente de sua força de trabalho) em “negociar” com o empregador tal contrato.<sup>25</sup>

Consideramos assim que as relações sociais são a causa do sentido deôntico do direito, porém não de seu sentido ideológico, pois existe um hiato entre mundo empírico e enunciado.

<sup>24</sup> Expressão que designa aqueles que deixam as terras sem cumprimento de nenhuma função social, apenas deixando a terra engordar (crescer financeiramente).

<sup>25</sup> Partimos de uma premissa que é a aceitação da teoria marxista (marxiana) da sociedade capitalista.

O sentido ideológico é fundamento em outro discurso, que descreve as relações sociais de forma distorcida, transformando a relação social em uma aparência de relação social.

Em Marx, o fenômeno da fetichização da mercadoria transforma as relações sociais entre pessoas em relação entre coisas. A troca de mercadorias é entendida como relação entre os bens, como o acordo de vontades é visto como exercício do bem “liberdade”. Para as partes desta relação, ela também lhes é apresentada como relações entre coisas. A ciência tradicional então descreve o que vê, relações entre coisas, ficando ocultas as relações entre as pessoas.

É importante salientar que, para Marx, isto não é um erro, mas sim um produto da própria sociedade capitalista e da forma mercantil, que produz discursos ideológicos para perpetuar esta descrição da aparência em detrimento do real.

Portanto, a busca pelo sentido ideológico do direito tem como pressuposto a crítica da sociedade capitalista, e nos arvoramos em seu principal crítico, Marx. Toda produção científica deve ter como substrato uma teoria de explicação da sociedade (no nosso caso, a marxiana). Retirar este substrato só é possível se procedermos à construção de uma nova teoria de explicação da sociedade, o que não é nosso objeto.

Temos então que há uma concordância com a sociologia de que as relações sociais são causa do sentido deôntico do direito, e que o discurso que distorce estas relações sociais, apresentando-as em aparência, é a causa do sentido ideológico do direito.

Esta análise da ideologia jurídica está em íntima relação com as construções gramscinianas, principalmente as concepções de hegemonia e bloco histórico, pois identificando a forma como uma ideologia perpetua-se e torna-se incontestável, até mesmo como discurso científico<sup>26</sup>.

A feliz expressão bloco histórico permite pensar algo que não estava na metáfora originária de Marx, onde havia relações sociais sobre as quais “se erguia” a superestrutura. Nesta imagem as relações sociais aparecem como os cimentos. A mesma composição, estrutura-superestrutura, aparece na imagem de um “bloco” que é, segundo Gramsci, como um composto compacto onde o que funciona como solidificante é a ideologia, instrumento da hegemonia. E nós, juristas, podemos acrescentar que o elemento mais importante desta ideologia solidificante é a *Grundnorm*, que é um discurso que indica o produtor do direito como sendo quem, além de produzi-lo, é quem deve fazê-lo. Se ter poder é conseguir que os outros façam o que “alguém” quer que façam, então ter poder é conseguir a eficácia para o próprio discurso. Mas isto apenas ocorre se o emissor da prescrição, explícito ou oculto, é aceito como sendo quem confere o sentido, o que, por sua vez, significa que é indicado como tal pela *Grundnorm*. A norma fundamental distribui a palavra autorizada e a palavra autorizada, é a que expressa a ideologia autorizada. (CORREAS, 1995, p. 200)

<sup>26</sup> Que, no entendimento de Correias, não passa de uma ideologia com o atendimento de certos requisitos de método.

O conjunto de ideias dominantes atua para construir a primeira ficção (norma fundamental) e depois para manter a hegemonia dominante, culminando no ápice de estrutura dominante que é o Estado.

O sentido deôntico do direito então é um discurso prescritivo, porém o sentido ideológico é descritivo, porém, faz uma descrição não científica, pois ancorada na aparência das relações sociais.

Correas propõe um procedimento para demonstrar que o sentido ideológico do direito refere-se a uma ficção, aparência das relações.

- 1) Deve ser demonstrado que é possível formular o modelo jurídico apropriado a estas relações sociais capitalistas a partir da descrição marxiana do capitalismo;
- 2) Que este modelo contém a descrição das condutas necessárias para a reprodução do capitalismo;
- 3) Que o sentido deôntico do direito moderno modaliza estas condutas;
- 4) Mas que o sentido ideológico descreve outras condutas distintas das descritas pela teoria que nos ofereceu a possibilidade de descrever o modelo formulado no primeiro trecho. (CORREAS, 1995, p. 208).

A existência de dois discursos no mesmo texto jurídico com sentidos divergentes constata que o sentido ideológico constitui uma ficção, uma ocultação, que tem como objetivo a perpetuação das relações capitalistas de dominação. Neste sentido, nos aproximamos de Paschukanis ao afirmar que as relações sociais moldadas no capitalismo são a causa do direito.

O sentido ideológico protege o que o sentido deôntico expõe, que é a forma mercantil regulada jurídica. Por exemplo, no direito do trabalho, que aparentemente protege o trabalhador (sentido ideológico) quando, em verdade, é uma regulação da venda da força de trabalho mediante uma relação capitalista de troca da força de trabalho por dinheiro.

O confronto do sentido deôntico do direito com as relações sociais dentro de uma perspectiva de uma teoria geral da sociedade capitalista nos leva a identificar a existência de uma compatibilidade e conjugação entre o mundo empírico e o que a norma exige como conduta. Porém, quando analisamos o sentido ideológico, existe um hiato, uma discrepância. E percebemos que uma pesquisa empírica demonstrará que o direito positivo de um país descrito como capitalista terá uma entidade com o sentido deôntico. Então, a ficção está no sentido ideológico, que traz enunciados diferentes do que percebido nas relações sociais oriundas do modo de produção capitalista.

PARTE SEGUNDA

ANÁLISE DA IDEOLOGIA JURÍDICA APLICADA AOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS  
DESDE O PONTO DE VISTA INTERNO – MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO  
POSSESSÓRIA E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

#### **4 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA**

Como exposto na introdução deste trabalho, passamos agora a analisar a crítica de ideologia jurídica desde o ponto de vista interno, buscando identificar, dentro do sistema jurídico posto, as possibilidades de defesa da prevalência do direito à moradia em detrimento do direito de propriedade em conflitos fundiários.

Nesse sentido, serão analisadas as teorias acerca da colisão entre direitos fundamentais, bem como as possibilidades de intervenção do Judiciário nos casos em questão.

A análise dos conflitos fundiários urbanos está diretamente relacionada com discussões em torno de dois direitos fundamentais: por um lado o direito à propriedade, e por outro o direito à moradia. A solução, dentro da Teoria dos Direitos Fundamentais, se dá a partir da colisão entre princípios, normas de Direitos Fundamentais, com o alerta de que no caso do Direito à Propriedade, sempre deve ser analisado um de seus elementos constitutivos: sua função social.

Antes, abordaremos os direitos fundamentais a partir do ponto de vista da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, para depois analisar concretamente o direito à moradia enquanto direito fundamental.

#### **4.1 A Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**

Para o presente estudo consideramos que a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy nos fornece o arcabouço teórico mais coerente para a abordagem que realizamos. Não é o objetivo da pesquisa discorrer sobre as teorias existentes acerca dos direitos fundamentais, tarefa que não realizaremos aqui. Porém, a doutrina de Alexy demonstra ser mais adequada ao nosso escopo pelos seguintes motivos: a) tem sólida construção analítica que nos permite analisar conceitos que serão desenvolvidos ao longo de nosso trabalho; b) tem na regra da proporcionalidade um importante instrumento para resolução da colisão entre direitos fundamentais; c) apesar de seu estudo empírico dirigir-se ao Tribunal Constitucional Alemão, é largamente aceita no Brasil; d) muitos dos doutrinadores brasileiros sobre o tema debruçam-se sobre a obra de Alexy.

Não esquecemos aqui de teorias diferentes, como a de Friedrich Müller, John Rawls e a de Habermas. Não as trataremos, pois são estudos conflitivos com o arcabouço teórico aqui desenvolvido, pelo menos no que tange à estrutura das normas de direitos fundamentais.

Não estamos aqui a “importar” doutrina estrangeira. A análise do Direito Fundamental à Moradia deve realizar-se a partir do marco normativo brasileiro, e assim será feito. O arcabouço doutrinário alemão será mesclado com doutrinadores brasileiros, de forma a evitar uma transposição acrítica de conceitos advindos de outra realidade.

A obra de Alexy inicia-se com a proposta de construção de uma Teoria Jurídica Geral dos Direitos Fundamentais, deixando claro que se trata de uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição Alemã; de uma teoria jurídica e de uma teoria geral.

Adverte que várias teorias existem para tratar do tema dos direitos fundamentais, tendo elas naturezas filosóficas, históricas ou sociológicas, porém, a empreitada de sua obra será a construção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais com os atributos acima mencionados: uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição Alemã; de uma teoria jurídica e de uma teoria geral.

Primeiramente é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivados vigentes na Alemanha. O campo de incidência é restrito, porém, não exclui relações com as teorias históricas, filosóficas ou sociológicas, com as de direito comparado.

A Teoria Jurídica dos Direitos Fundamentais da Constituição Alemã é uma teoria dogmática, com três dimensões:

- a) **Dimensão analítica**: consiste na dissecação sistemática do direito vigente. Análise dos conceitos elementares (norma, direito subjetivo, liberdade, igualdade); construções jurídicas (suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições pelo efeito perante terceiros); e o exame da estrutura do sistema jurídico (irradiação e fundamentação dos direitos fundamentais).
- b) **Dimensão empírica**: compreendida em relação à cognição do direito positivo válido, e em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica. Por conta da abertura das normas de direitos fundamentais é preciso analisar também o direito jurisprudencial.
- c) **Dimensão normativa**: diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo práxis jurisprudencial. A partir do direito positivo válido, e das questões axiológicas deixas pelo material normativo, pergunta-se qual a decisão correta em um caso concreto. A dogmática jurídica é uma tentativa de dar uma resposta racionalmente fundamentada a essa pergunta.

A dogmática jurídica é constituída pela ligação dessas três dimensões, de forma orientada à tarefa prática da ciência jurídica. A teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição Alemã é inserida no campo das três dimensões e voltada à tarefa prática da ciência jurídica. Porém, deve superar a mera aglomeração e constituir-se em uma verdadeira teoria integrativa, de forma a se ter um sistema de enunciados gerais de direitos fundamentais, corretos ou verdadeiros, ordenados de forma mais clara possível. Existem várias teorias dos direitos fundamentais, Böckenförde distingue cinco: a) Teoria liberal ou do Estado de Direito

Burguês; b) Teoria Institucional; c) Teoria Axiológica; d) Teoria Democrático-funcional; e) Teoria Social-Estatal. (ALEXY, 2009, p. 40).

Não é possível reduzir os direitos fundamentais a uma só tese básica, como fazem as teorias unipolares acima mencionadas. Porém, o oposto, a teoria combinada, como a utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal, apenas une as demais teorias unipolares em busca da melhor aplicação do Direito, o que resulta em sua incapacidade de guiar a decisão e a fundamentação jurídica.

É preciso então uma teoria integrativa como uma teoria estrutural, analítica, que investiga as estruturas dos conceitos, da influência dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos, e na fundamentação dos direitos fundamentais com vistas à prática. É preciso a clareza analítico-conceitual. Essa é a proposta de R. Alexy.

Porém, as objeções à dogmática jurídica, por conta de sua dimensão analítica e utilização do tratamento lógico do direito (jurisprudência dos conceitos), não pode esvaziar a contribuição que o aspecto analítico e a clareza analítico-conceitual colecionam para a ciência do direito.

Alexy preferiu tratar o conceito de norma de direito fundamental como um conceito mais amplo que o de direito fundamental, devido ao fato de que se sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito, porém, a recíproca não é verdadeira, pois podem haver normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos.

Utiliza o conceito semântico de norma, que difere norma de enunciado normativo, e afirma que a norma é o significado deste. Separa as questões de semântica das questões de validade, e afirma que a teoria semântica da norma não exclui nenhuma das teorias da validade.

Existem dois aspectos de refletir sobre o que é uma norma de direito fundamental, o abstrato, que busca identificar qualquer norma de direito fundamental, independentemente de um ordenamento jurídico específico; e o concreto, que busca identificar a norma de direito fundamental dentro de um ordenamento jurídico específico.

A resposta para identificarmos uma norma de direito fundamental, pode basear-se em **aspectos materiais, estruturais e/ou formais**. Pode haver um critério substancial-estrutural,

como fez Carl Schmitt, que vincula seu conceito de direito fundamental a um tipo de Estado: direitos fundamentais são aqueles que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso, e como tal, são reconhecidos pela Constituição.

Uma definição estrutural seria aquela que caracteriza os direitos fundamentais como as normas que garantem direitos subjetivos. Já o critério formal é que afirma que o conceito de direito fundamental é aquele relativo à forma de sua positivação.

Para as normas de direito fundamental, geralmente normas com abertura estrutural, muitas vezes são necessárias outras normas, chamadas normas de direito fundamental atribuídas, que devem ter relação com o texto constitucional uma relação de refinamento e fundamentação.

Porém, quando do surgimento das normas de direito fundamental atribuídas – aquelas não positivadas ou expressas constitucionalmente, porém que decorrem diretamente de normas de direito fundamental - nos deparamos com o problema de sua validade, como determinar se são realmente normas de direito fundamental atribuídas? Nesse caso, não é possível mencionarmos a sua positivação, o que ocorre com as normas do texto constitucional, e o critério sociológico e ético também não é possível. É preciso então proceder a uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais que a sustente.

Alexy procede à crítica à teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica de Friedrich Müller, consistente na tese da não identidade entre normas e texto normativo. Para Müller o texto normativo é o programa da norma, o comando jurídico. A norma jurídica é um projeto vinculante que abarca o que regula e o que há de ser regulado.

Existe uma incompatibilidade entre a teoria de Müller e a teoria semântica, já que não há correspondência ao que consiste no âmbito normativo. Há uma ampliação indevida do conceito de norma, com a inclusão dos elementos do âmbito normativo, em especial aos argumentos axiológicos, que resultariam em uma incontável pluralidade de conceitos inseridos no próprio contexto de norma.

As teorias de Alexy e Müller têm similitudes quando destacam a importância do que é válido no âmbito da norma para a argumentação referida aos direitos fundamentais. Mas não há concordância sobre o que deve ser incluído no conceito de âmbito da norma, com a defesa, por Müller, da inclusão, para além dos dados linguísticos, dados reais. Seria a inclusão do que é normativamente relevante na estrutura da norma jurídica. Contra isso, Alexy argumenta que

não há, nem por razões conceituais, nem por razões jurídico-positivas, necessidade dessa inclusão.

O ideal do Estado de Direito é mais respeitado se se distingue claramente entre aquilo que o legislador impôs como norma e aquilo que um intérprete apresenta como razões para uma determinada interpretação que por meio de uma fidelidade à lei construída a partir de uma dada definição do conceito de norma. (ALEXY, 2008, p. 82).

A distinção assim se faz entre o critério para se decidir sobre a norma de direito fundamental e a própria norma. O âmbito da norma ganha importância para a decisão judicial relacionada aos direitos fundamentais. Nesse sentido é importante diferenciarmos norma de enunciado normativo, aquela se constituindo no significado desta. Diferentes enunciados podem expressar uma mesma norma.

#### **4.2 Regras e princípios como normas**

Partimos do entendimento de que regras e princípios são normas jurídicas. Distanciamos das distinções doutrinárias baseadas no grau de importância, na generalidade ou no grau de abstração:

Há autores que sustentam que entre regras e princípios há uma diferença de grau. A partir dessa idéia (sic!), há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras. (SILVA, 2009, p. 44).

Princípios e regras são normas por que estão inseridas no âmbito dos juízos do dever ser, podendo expressar enunciados deônticos do dever, da permissão e da proibição. A diferença entre eles é diferença entre duas categorias de normas. (ALEXY, 2008).

A diferença entre essas duas normas está na estrutura de cada uma. Sendo os princípios mandamentos para realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida a sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

(...)

Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. (ALEXY, 2008, pp. 90/91).

Diante dessa diferença, podem existir conflitos entre regras e colisão entre princípios. O primeiro é um conflito de validade, deve ser resolvido pela declaração de invalidade de uma

das regras, salvo a inclusão de uma cláusula de exceção em alguma delas. Assim deve ser feito, pois não há gradação de validade, ou a norma é válida ou não o é.

Virgílio Afonso da Silva nos ajuda a compreender esse conflito com dois exemplos:

Há uma regra que prevê que, aberta a sucessão, “a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (CC, art. 1.784). Essa regra é complementada por outra, que define o conceito de “herdeiro legítimo” (CC, art. 1.829), que inclui, entre outros, os descendentes (CC, art. 1.829, I). Ocorre que o mesmo Código Civil estabelece que “aqueles que houverem sido autores (...) de homicídio doloso (...) contra a pessoa de cuja sucessão se tratar estão excluídos da sucessão (CC, art. 1.814, I). *Isoladamente consideradas*, ambas as regras são aplicáveis à seguinte situação: está aberta a sucessão de um pai-de-família que foi morto por um de seus filhos. A primeira regra exigiria a transmissão da herança ao filho; a segunda exige que o filho seja excluído da sucessão. Qualquer operador do direito percebe, no entanto, que a segunda regra institui uma exceção à primeira. A razão, aqui, é simples, e se baseia na regra *lex specialis derogat legi generali*. Trata-se, portanto, de um conflito parcial entre duas regras.

Pode-se pensar, em um segundo exemplo, em duas regras com o seguinte conteúdo: uma delas prevê que, salvo manifestação de vontade em contrário, presume-se autorizada a doação pós-morte de órgãos com finalidades de transplantes ou terapêutica; a outra regra, no entanto, prevê que a retirada de órgãos de pessoas falecidas, para fins de transplante, dependerá de autorização de cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Para o mesmo fato – morte de alguém sem declaração expressa, daquele que morreu ou de um parente, acerca de transplante de órgãos – as duas regras têm consequências jurídicas totalmente incompatíveis: uma delas autoriza o transplante, a outra proibiria. Uma delas, com certeza, é inválida, seja por ser anterior – *lex posterior derogat legi priori* – ou por ser de hierarquia inferior – *lex superior derogat legi inferior*. (SILVA, 2009, pp. 48/49).

No primeiro exemplo temos a cláusula de exceção, no segundo a invalidação da regra. São conflitos parciais e totais, respectivamente.

Quanto aos princípios assim não se procede. Não há que se falar de invalidação de um princípio. O que deve ser analisado são as condições de aplicação de cada um, para, ao final, decidir pela prevalência de um sobre outro. Para resolver os casos de colisão entre princípios, Alexy, ancorado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, estabelece a lei de colisão, aplicada quando dois interesses conflitantes – garantidos por princípios – têm maior peso em determinada condição.

O que é importante destacar são as condições que se deve realizar o sopesamento entre princípios, e não, qual o peso, abstratamente de cada princípio. Dessa forma, todo sopesamento entre princípios só pode ocorrer com a análise de determinadas condições, o que pode ser dito na formulação abaixo:

Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P2) C, e se o princípio P1, sob as condições C, decorre da consequência jurídica

⇒

R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R. (ALEXY, 2008, p. 99)

A distinção entre a solução de conflitos entre regras e colisão entre princípios é importante para compreendermos a distinção estrutural entre elas. Ponto principal da teoria que aqui abordamos, é tratar princípios como normas de caráter *prima facie* e regras como normas de *direitos definitivos*.

Por caráter *prima facie* consideramos que os princípios são normas que, em um primeiro momento, garantem direitos, mas não de forma definitiva, pois “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (ALEXY, 2008, p. 104).

Os princípios são mandamentos de otimização, devem ser realizados ao máximo em condições ideais. Porém, essas condições nem sempre existem. Aí reside a necessidade do sopesamento quando dois princípios estão em colisão, como ocorre com o art. 5º, *caput*, XII e XIII da Constituição Brasileira, ao garantir o direito de propriedade e que esta deve cumprir sua função social, ou ainda, do art. 5º, *caput*, XII com o art. 6º, *caput*, ou seja, uma norma que garante o direito à propriedade e outra o direito à moradia, colisão que ocorre justamente no caso dos conflitos fundiários.

Já as regras são normas com caráter de direitos definitivos<sup>27</sup>, e assim o são pois ou são cumpridas ou descumpridas, não há grau de aplicação. É o que ocorre com o exemplo citado anteriormente do direito sucessório no Código Civil brasileiro.

Por último podemos ter ainda o caso de colisão entre regras e princípios. Seria o caso de colisão entre o Direito à propriedade e a regra da usucapião como forma de aquisição proprietária. No caso, o proprietário que não utiliza o imóvel pelo período de tempo exigido na lei, no caso do usucapião constitucional urbano<sup>28</sup> são cinco anos com área limite de até 250m<sup>2</sup>, perde sua propriedade para o posseiro. Como resolver esse conflito entre uma norma (princípio) que garante a inviolabilidade da propriedade<sup>29</sup>, e outra norma (regra) que garante o direito à usucapião.

Aqui não há um verdadeiro conflito, pois, anteriormente, o legislador (ou corpo legislador) realizou um sopesamento entre os dois princípios que fundamentam a regra da

<sup>27</sup> Podem também ser proibições, impedimentos ou mandamentos.

<sup>28</sup> Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta (SIC!) metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

<sup>29</sup> Art. 5º, *caput*: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade** do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes: (grifo nosso).

usucapião, prevalecendo, nessa condição do art. 183, o direito à moradia sobre o direito de propriedade. A própria constituição institui assim uma restrição ao direito à propriedade, a regra da usucapião deve ser aplicada por subsunção. Não pode haver sopesamento entre a regra e o princípio, pois reinaria a insegurança jurídica.

Dentro da discussão da teoria geral dos direitos fundamentais é importante abordarmos ainda o conceito de suporte fático e a discussão sobre as restrições a direitos fundamentais.

Suporte fático pode ser concebido de duas formas, abstrata:

é o formado, em linhas ainda gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. (SILVA, 2009, p. 68)

A forma concreta é a ocorrência no mundo dos fatos do que a norma determinou.

Para uma completa análise do suporte fático, devemos considerar também o âmbito de proteção e a intervenção estatal:

Aquilo que é protegido é apenas uma parte – com certeza, a mais importante – do suporte fático. Essa parte costuma ser chamada de âmbito de proteção do direito fundamental. Mas para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento – e aqui entra a parte contra-intuitiva: a intervenção estatal. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção) como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Isso porque a consequência jurídica – em geral, a exigência da cessação de uma intervenção – somente pode ocorrer se houver uma intervenção nesse âmbito. (SILVA, 2009, p. 71).

Para clarificar o que se entende por âmbito de proteção, continuamos com Virgílio Afonso da Silva:

A definição de âmbito de proteção de um direito fundamental responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito. Âmbito de proteção é, nesse sentido, (...) o âmbito de *bens protegidos* por um direito fundamental”; e bens protegidos, nessa definição, “são ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa.” (SILVA, 2009, p. 72)<sup>30</sup>

Ainda é necessários distinguirmos entre suporte fático amplo e suporte fático restrito, base para compreendermos as restrições às normas de direitos fundamentais.

As teorias que defendem o *suporte fático restrito* consideram que determinadas ações, condutas ou posições jurídicas podem ser excluídas a priori da norma de direito fundamental. A consequência para isso é importante para a análise da eficácia das normas de direitos fundamentais.

<sup>30</sup> Nessa citação, Virgílio Afonso da Silva cita a obra de Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*.

Existem três teorias principais para a defesa do suporte fático restrito: a) a interpretação histórico-sistemática; b) a teoria do âmbito da norma de Friedrich Muller e c) A teoria de prioridade das liberdades básicas de John Rawls.

A interpretação histórica busca reconstruir o contexto histórico cultural da criação do direito fundamental analisado. Pode ser realizado também a análise do processo legislativo que criou a norma, sendo um método de interpretação genética. Seu problema é o congelamento da interpretação, pois não leva em consideração os aspectos culturais atuais e sim da época de criação da norma.

Já Muller propõe uma identificação dos limites estruturais do suporte fático de cada direito fundamental. Não haveria colisão entre direitos aí, pois o que existiria é uma identificação errônea da composição do suporte fático. O problema na teoria de Muller é a exclusão, a priori, do que consistiria o suporte fático de uma norma de direito fundamental. Para a resolução de casos concretos é preciso considerar cada caso em análise, sendo tarefa impossível determinar a priori o que comporia ou não o suporte fático.

Rawls tenta eliminar as colisões entre direitos fundamentais. Para isso ele limita os direitos fundamentais somente às liberdades de pensamento, consciência, políticas, de associação, e os relativos à integridade da pessoa. Depois, pressupõe que essas liberdades prevalecem sobre outros direitos, inclusive os coletivos e sociais. Por fim, não aceita restrições às liberdades fundamentais. (diferencia restrições de regulamentações) (SILVA, 2009, p. 90). Não há clareza na distinção de regulamentação e restrição. São ideias bastante próximas.<sup>31</sup>

Quanto ao suporte fático amplo, esse pode ser definido como:

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 se decidir pela sua proteção definitiva ou não.

(...)

O que é protegido *prima facie* por esse direito?

Essa pergunta deve ser respondida da seguinte forma: toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*. (SILVA, 2009, p. 109).

<sup>31</sup> Para aprofundamento: SILVA, 2009, capítulo 3.

O suporte fático amplo permite incluir todas as possibilidades *prima facie* no suporte fático de uma norma de direito fundamental, para depois analisar as restrições e definir o campo de sua aplicabilidade.

Implica reconhecer que toda regulamentação é uma restrição, que deve ser constitucional, e fruto de um sopesamento entre os princípios envolvidos. Esse formato permite ampliar as possibilidades de garantias aos direitos fundamentais, já que é somente em um segundo momento da argumentação que se deve verificar a exclusão ou não de determinada conduta do suporte fático. Segundo Silva:

É fácil perceber, portanto, que um modelo que se baseia na redução a priori do âmbito de proteção de direitos fundamentais – um conceito que aparentava ser exclusivamente teórico-analítico – tende a significar também uma garantia menos eficaz desses direitos nas atividades legislativas e jurisdicional, por excluir da exigência de fundamentação uma série de atos que inegavelmente restringem direitos. (SILVA, 2009, p. 125)

O argumentado acima tem relação direta com as teorias externas e internas de restrição aos direitos fundamentais. A teoria interna defende limites imanentes às normas de direitos fundamentais. Não há interação com elementos externos para definição dos limites. Virgílio Afonso da Silva chega à conclusão que a teoria interna compreende todas as normas de direitos fundamentais como regras, pois são as únicas que detém certeza de sua aplicação ocorrendo a situação em que a mesma deve ser aplicada.<sup>32</sup>

A teoria externa divide o direito em dois: o *direito em si* e suas *restrições* apartadas dele. A colisão entre princípios de direitos fundamentais deve então ser solucionada pela regra do sopesamento.

Avaliando as duas teorias, consideramos que a teoria externa garante uma maior segurança jurídica e racionalidade para as normas de direito fundamentais. Ao reconhecer que podem existir restrições a direitos fundamentais, conflitos daí decorrentes devem ser resolvidos a partir da regra da proporcionalidade, sempre em cada situação concreta.

Evita-se assim a identificação de limites imanentes, que pode cair em generalizações indevidas. Pois se identifica claramente a distinção entre o direito e suas restrições:

É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque é somente a partir do paradigma da teoria externa – segundo o qual as restrições, qualquer que seja sua natureza, não tem qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício – que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios,

<sup>32</sup> Vide exemplo da usucapião *supra*.

o princípio que tem de ceder em favor de outro não tem afetadas sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*. (SILVA, 2009, p. 138).

Fica claro que a teoria externa é que a mais se adequada a uma proposta de garantia ampla dos direitos fundamentais que permite segurança jurídica nas decisões judiciais, na argumentação jurídica. Sempre há subjetivismo nos julgados, porém, a teoria externa proporciona meios de controle através da racionalidade apresenta na regra da proporcionalidade, que não é possível com a teoria interna.

### 4.3 As normas de direitos fundamentais sociais

O que foi dito acima se aplica às normas de direitos fundamentais a prestações em sentido amplo chamadas de direitos sociais com distinções relacionais ao papel da intervenção estatal na composição do suporte fático.

No caso dos direitos sociais, o âmbito de proteção, ou seja, o que é protegido são ações estatais de realização desses direitos. Entende-se então que a intervenção estatal não deve ser um não agir – como nas liberdades – mas um agir, um realizar.

Na composição do suporte fático, que gera uma consequência jurídica, Virgílio Afonso da Silva complementa a proposta de R. Alexy com referência às liberdades públicas com a seguinte proposição:

Se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx). (SILVA, 2009, p. 75)

Para os direitos sociais a consequência jurídica e a fundamentação constitucional alteram-se. Não há que se falar em ausência de fundamentação constitucional para a ação estatal, e sim na fundamentação constitucional para essa intervenção.

Podemos então pensar em uma relação que o não agir (IE) não tem fundamentação constitucional (-FC) o que gera uma consequência jurídica que é a exigência da prestação estatal devida:

Em resumo: se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direitos social (DSx) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente (-FC), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (Ox). (SILVA, 2009, p. 78)

É importante ressaltar que as normas que preveem os direitos sociais por constituírem-se como princípios devem ser realizadas na maior medida possível, são mandamentos de otimização. A insuficiência da ação estatal gera o direito a essa prestação.

Consideramos que os Direitos Sociais são direitos subjetivos, que fornecem aos seus titulares posições jurídicas fundamentais, aptas a produzir efeitos perante terceiros e perante o Estado.

Existem três principais posições jurídicas fundamentais: a) direitos a algo; b) liberdades e c) competências.

Os direitos a algo podem ser sintetizados na fórmula  $R = abG$  (a é o titular; b é o destinatário do direito e G o objeto; R é a relação formada por esses três elementos). Para nosso estudo o destinatário “b” é sempre o Estado<sup>33</sup>. Tratamos aqui sempre de direitos que exigem do destinatário uma ação. Os que exigem ações negativas (direito à vida exige o não matar) são chamados de direitos de defesa; aqueles que exigem ações positivas (prestações) são chamados de direitos a prestações.

Os direitos de defesa consistem em direitos ao não embaraço de ações, direitos à não afetação de características e situações, e direitos a não eliminação de posições jurídicas do titular do direito. No primeiro grupo estão os direitos à locomoção; manifestação de crença, etc. O segundo grupo trata da inviabilidade do domicílio. O último refere-se ao direito a não eliminação de posições jurídicas, como o de acesso à propriedade. (ALEXY, 2008, p. 499).

Ainda podemos ter os direitos a algo que constituem em ações fáticas – construção de uma escola - ou em produção normativa – produção de norma jurídica.

Dessa forma, os direitos a algo podem assumir cinco posições jurídicas fundamentais: a) não embaraço de ações; b) não afetação de características e situações; c) não eliminação de posições jurídicas; d) ações positivas fáticas; e) ações positivas normativas.

A liberdade jurídica é o direito a escolha entre duas ações. A liberdade jurídica não protegida é a faculdade de fazer algo ou de não fazer, emitida por uma permissão jurídica. A liberdade jurídica protegida é aquela associada a uma norma de direito fundamental que permite seu exercício.

Competências são normas que tem o poder de alterar posições jurídicas. Aí estão incluídas tanto as competências privadas (contrair matrimônio ou criar associações) quanto as estatais.

Além disso, podemos compreender os direitos sociais a partir da relação do indivíduo com o Estado, cuja teoria mais conhecida é a dos status, criada por Jellinek, que diferencia

---

<sup>33</sup> Trataremos da eficácia dos direitos fundamentais contra particulares em tópico apartado.

quatro relações: status passivo (*subiectiones*); status negativos (*libertatis*); status positivo (*civitatis*) e status ativo.

O *status passivo* consiste em um dever ou proibição que obriga o indivíduo frente ao estado. O *status negativo* é o que anteriormente foi dito acerca das liberdades não protegidas, é o que é “irrelevante para o estado”. O *status positivo* é quando o indivíduo tem uma pretensão frente ao estado, trata-se basicamente de um direito a prestações. O *status ativo* diz respeito às pretensões relacionadas com a participação no estado, como o direito de votar.

Robert Alexy traz uma definição de direitos sociais a partir da posição jurídica fundamental e direitos a prestações em sentido estrito, considerando que “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse dos meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.” (ALEXY, 2008, p. 499).

O jusfilósofo alemão busca identificar as normas de direitos fundamentais sociais a partir de três critérios: i) normas que garantem direitos subjetivos ou normas que obrigam o estado de forma objetiva; normas vinculantes ou não vinculantes; c) normas que fundamentam direitos definitivos ou *prima facie*.

Chegaríamos assim a oito formas de normas de direitos fundamentais sociais, que podem ser divididas em:

- a) Vinculantes de direito subjetivo definitivo ou *prima facie*;
- b) Vinculantes de direito objetivo definitivo ou *prima facie*;
- c) Não vinculante de direito subjetivo definitivo ou *prima facie*;
- d) Não vinculante de direito objetivo definitivo ou *prima facie*;

A norma mais forte é aquela que outorga um direito subjetivo definitivo vinculante, enquanto que a mais fraca é norma não vinculante de direito objetivo *prima facie*.

Numa perspectiva da teoria dos princípios de R. Alexy os direitos fundamentais sociais devem ser interpretados conforme o argumento de garantia da liberdade jurídica e fática. De nada adianta o exercício da primeira sem as condições da segunda. Como segundo argumento considera que os direitos sociais, na maioria das vezes, não são realizados sem o esforço do estado, não podendo o particular realiza-lo sozinho. De fato, basta imaginar o direito à educação, ou mesmo o direito à moradia de assentamentos urbanos irregulares.

A conclusão inevitável é a de que os direitos fundamentais, se seu escopo for o livre desenvolvimento da personalidade humana, também estão orientados para a liberdade fática, ou seja, também devem garantir os pressupostos de exercício das liberdades jurídicas, senão, assim, “não apenas a regulação das possibilidades jurídicas, mas também do poder de agir fático”. (ALEXY, 2008, p. 506)

Argumentos contrários ao efeito vinculante dos direitos sociais são os que afirmam que diante da impossibilidade de identificação clara do conteúdo dos direitos sociais formulados abstratamente, a competência para decidir sobre seu conteúdo é da política e não do Judiciário. O outro argumento considera que os direitos sociais colidem com outros direitos fundamentais, pois necessitam de grande alocação de recursos orçamentários.

Em resposta a esses argumentos Alexy constrói um modelo de direitos fundamentais sociais.

A questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos. (ALEXY, 2008, p. 512).

É preciso analisar cada direito fundamental social em concreto para sabermos que direito definitivo o indivíduo tem. Porém, pode-se ter a seguinte formulação geral:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. (ALEXY, 2008, p. 512).

Ainda colecionamos a definição de Leivas que dialogando com os elementos que compõem as normas de direitos sociais afirma:

Eles são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional. (LEIVAS, 2006, 107)

Fica claro então que não há diferença estrutural entre os Direitos Fundamentais Sociais e os demais Direitos Fundamentais, sendo, no ordenamento brasileiro, todos passíveis de eficácia imediata, por força do art. 5, § 1º, além de justicáveis.

#### **4.4 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**

É importante ressaltarmos que as normas de direitos fundamentais têm o marco da fundamentalidade por estarem no ápice do conteúdo normativo da Constituição e por que consistem nas mais importantes decisões que afetam a vida de uma nação.

É pacífica a noção de que normas de direitos fundamentais têm efeitos perante terceiros. Ora, se tenho o direito de expressar minha liberdade de opinião, isso vincula não só o Estado, mas o terceiro. A questão é como se dá essa vinculação. Podemos formular duas questões: *como* se dão os efeitos entre privados e em qual *extensão*.

R. Alexy distingue três teorias sobre a primeira pergunta: efeitos indiretos perante terceiros; efeitos diretos perante terceiros; e efeitos mediados por direitos em face do estado.

A primeira afirma que a influência das normas de direitos fundamentais nas relações entre indivíduos se dá “na concretização das cláusulas gerais do direito privado”, podendo até a “fundamentar decisões contra o teor literal de lei”. A teoria dos efeitos diretos afirma que das normas de direitos fundamentais surgem direitos subjetivos privados para os indivíduos.

A terceira corrente defende que a violação de direitos fundamentais por particulares deveria ser tratada como intervenções estatais, pois derivam das normas como direitos públicos subjetivos.

Não podemos realizar apenas uma troca de titularidade para buscar os efeitos das normas de direitos fundamentais perante terceiros. No caso da relação estado/indivíduo estamos diante de um titular do direito e de um não titular, no caso entre particulares, estamos diante de dois titulares de direitos fundamentais, colisão que deve ser resolvida mediante o sopesamento.

A primeira teoria reforça a necessidade de a jurisprudência referir-se às normas de direitos fundamentais em suas decisões, mesmo sobre direitos civis. Alexy constrói três níveis para um modelo de efeitos das normas de direitos fundamentais perante terceiros: o do dever estatal; o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados.

A teoria dos efeitos indiretos situa-se no nível do dever estatal. O fato de as normas de direitos fundamentais valerem como princípios objetivos (ordem objetiva de valores) para todos os ramos do direito implica que o estado tem o dever de levá-las em consideração tanto na legislação civil quanto na jurisprudência civil. (ALEXY, 2008, p. 532).

O segundo nível é o dos direitos em face do Estado que sejam relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros. O dever que o juiz tem de levar em consideração a ordem de valores dos direitos fundamentais, quando da interpretação e aplicação das normas de direito civil, não implica, por si só, que ele, se agir contra esse dever, viole os direitos fundamentais, na forma de direitos subjetivos. (ALEXY, 2008, p. 534).

O terceiro nível do modelo diz respeito aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos privados. (...) Em primeiro lugar, efeito direto perante terceiros não pode significar que os direitos do cidadão em face do Estado sejam, ao mesmo tempo, direitos do cidadão contra outro cidadão. (...) Em segundo lugar, não se pode querer obter um efeito direto por meio da simples troca de destinatário dos direitos do cidadão contra o Estado. (...) Mas existe uma terceira possibilidade para compreender o que significam efeitos diretos perante terceiros. Segundo ela, por razões ligadas aos direitos fundamentais, há determinados direitos e não direitos, liberdades e não-liberdades e competências e não competências na relação cidadão/cidadão, os quais não existiriam sem essas razões. (ALEXY, 2008, p. 539).

Os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros são diretos, pois existem determinadas relações entre particulares que, por força dos princípios de direitos fundamentais, criam obrigações que não existiriam sem eles. É o caso da proibição de liberdade de opinião dirigida por um particular frente a outro, que somente pode existir no meio jurídico se não atentar contra o princípio de direito fundamental da liberdade de expressão.

#### **4.5 Algumas considerações sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais**

O problema relativo ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser tratado a análise do que deve ser protegido pelas normas de direitos fundamentais; as restrições que o que é protegido pode sofrer; e a fundamentação da proteção e da restrição.

A conceituação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser feita pelo *enfoque objetivo* e pelo *enfoque subjetivo*. A dimensão objetiva afirma que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido pela proibição de restrições à eficácia desse direito que o deixem sem significação para todos ou a maior parte dos titulares. A dimensão subjetiva reflete a necessidade de proteção do direito, mesmo que a maior parte dos indivíduos possa exercê-lo, nos casos que é aniquilado para determinado indivíduo. Ex: pena de morte; desapropriação, etc. (SILVA, 2009, p. 186)

Ainda podemos tratar das teorias absolutas e relativas quanto ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A teoria absoluta preconiza que existe um núcleo dos direitos fundamentais intransponível. Divide-se em duas correntes: a do conteúdo essencial dinâmico e a do conteúdo essencial estático. Esta não aceita a mutabilidade de um direito fundamental

pelo tempo ou circunstâncias históricas, é intangível e imutável. Outra corrente, a do conteúdo essencial absoluto dinâmico já afirma que o conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo.

Além das discussões sobre as correntes acerca do conteúdo essencial, é preciso destacar a relação entre conteúdo essencial e dignidade:

Segundo Vieira de Andrade, o limite absoluto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais – consagrado, no caso da constituição portuguesa, no art. 18º, 3 – seria a dignidade da pessoa humana. Isso porque a dignidade seria a base dos direitos fundamentais “e o princípio da sua unidade material”. A consequência (sic!) dessa premissa é exposta nos seguintes termos: “Se a existência de outros princípios ou valores (inegáveis numa constituição marcada por preocupações de caráter social) justifica que os direitos possam ser restringidos (...) a idéia do homem com ser digno e livre, que está na base dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição. (SILVA, 2009, p. 192).

Essa estratégia tem dois problemas principais. O primeiro deles, metodológico, reside no fato de que, caso o conteúdo essencial absoluto de todos os direitos fundamentais seja a dignidade, então, é apenas a dignidade que tem um conteúdo absoluto; todos os outros direitos teriam um conteúdo relativo, restringível até mesmo por completo em alguns casos concretos. Uma teoria absoluta, nesses termos, aproxima-se muito das teorias relativas. O segundo problema reside no risco de uma hipertrofia da dignidade e de conseqüente absolutização de todos os direitos fundamentais. E esse não é um risco apenas hipotético.

Já quanto ao conteúdo essencial numa perspectiva relativa Eike Von Hippel afirma que a norma de direito fundamental vale na medida em que não seja contraposta a um interesse de maior valor. É preciso assim relacionar conteúdo essencial e proporcionalidade. Como exemplo, vemos essa decisão do STF:

Essa é uma possibilidade que parece ser pressuposta no já citado voto do Min. Celso de Mello no “caso Ellwanger”. Vale a pena, mais uma vez, mencioná-lo aqui: “(...) a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hit et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina. (SILVA, 2009, p. 197)

Devemos então primeiro ponderar os direitos em jogo, porém, a ponderação só é aceitável se não esvaziar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Adverte o autor que após a aplicação da proporcionalidade e do sopesamento/ponderação nada reste do direito fundamental. Assim, existe uma dupla garantia: proporcionalidade e conteúdo essencial. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é decorrente da regra da proporcionalidade, e que a simples aceitação da proporcionalidade traz a garantia de conteúdo essencial, formando

assim a dupla garantia. Já para os direitos sociais existe o mínimo existencial, ou seja, que os direitos sociais garantem um mínimo existencial e que a tutela jurisdicional só pode controlar a realização desse mínimo existencial.

A adoção da corrente relativa quanto ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, com os enfoque objetivos e subjetivos, não resolve, por si, o problema de conflito entre direitos fundamentais e as possibilidades de sua resolução.

É preciso agregar a vedação de retrocesso quando se fala em direitos fundamentais, ou seja, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não pode ser meramente extinto sem a análise de que há um efetivo retrocesso para o ordenamento jurídico.

Ademais, o método da proporcionalidade e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação) não é um método totalmente isento das valorações do órgão julgador, pelo que é necessário ampliar a participação popular no julgamento de casos envolvendo direitos fundamentais, como forma de mitigar os impactos de valores do Magistrado de forma a extinguir um direito fundamental para determinado indivíduo. Segundo Marques de Lima,

A doutrina costuma dividir o princípio do balanceamento em dois tipos diferentes, o balanceamento em sentido amplo e o balanceamento em sentido estrito, diferindo ambos basicamente pelo fato de aquele atuar em níveis abstratos ao passo que este atua em concreto, dando especial atenção para os interesses que estão em jogo em concreto. (MARQUES DE LIMA, 2007, p. 80).

O Professor da Universidade Federal do Ceará cita Alexy para explicar algumas críticas à ponderação:

Muchas veces se ha objetado en contra del concepto de *ponderación que no constituye un método que permita un control racional*. Los valores y principios no regulan por si mismos su aplicación, ES decir, la ponderación quedaría *sujeta al arbitrio de quien la realiza*. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método. Se abriría así el campo para el *subjetivismo y decisionismo judiciales*. *Estas objeciones valen en la medida en que con ellas infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero, no valen en la medida en que ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional*. (MARQUES DE LIMA, 2007, p. 82)

Vê-se que a ponderação é sim sujeita a um controle racional. O que impossibilita esta crítica é que em verdade, não há critério interpretativo cuja certeza e segurança de uma única resposta seja sempre a mesma. O processo interpretativo, por sua própria natureza, sempre comporta algum grau de criatividade. A ponderação ou balanceamento possuem uma transparência superior aos demais métodos ou técnicas interpretativas, não procedendo estas críticas.

#### 4.6 O direito fundamental à moradia e seu conteúdo material

A discussão em torno do Direito à Moradia ganhou importância face ao crescimento das cidades brasileiras durante o Século XX, trazendo a problemática do desenvolvimento e planejamento destas, já que de uma população urbana de 26,4% em 1940 o país passa para 81,2% em 2000<sup>34</sup>, ocasionando as consequências que tanto afetam as grandes metrópoles: violência, favelização, falta de serviços básicos, insegurança, ocupações, etc. A questão urbana inclui o Direito Fundamental à Moradia, e também trabalho, educação, saúde, lazer, entre outras. Debater a questão urbana implica buscar melhorias acerca da qualidade de vida e habitação das pessoas. Com tal crescimento urbano, o desenho das cidades demonstrava suas desigualdades, com a segregação sócio-espacial das populações pobres para morros, favelas, regiões distantes dos centros, ocupações e loteamento irregulares. Esse contexto viola o Direito à Cidade, conforme Mércia Alves:

A questão social urbana apresenta várias dimensões, dentre elas a falta de condições de moradia digna, de saneamento básico, às quais está submetida 83,2% da população que vive em condições habitacionais críticas, ou seja, sem as reais condições de habitabilidade. É importante realçar que a habitação digna significa edificação de boa qualidade com terra urbanizada que contém todos os sistemas de redes de infra-estrutura urbana básica (água potável, esgoto sanitário, energia elétrica e outras) e todos os serviços públicos como educação, saúde, cultura, transporte coletivo, dentre outros, e o direito legal de acesso à posse da terra (escritura do terreno) que garante o princípio da dignidade humana, eixo central da defesa dos direitos humanos. (CERIS, 2010, p. 343)

Recente Relatório das Organizações das Nações Unidas aponta que o Brasil tem quatro cidades entre as mais desiguais do mundo, e Fortaleza é uma delas.<sup>35</sup> Segundo o Relatório o número de pessoas em situação de moradia precária aumentou no mundo, chegando a 827,6 milhões de pessoas e, embora no Brasil, o número de favelas tenha diminuído de 31,5% para 26,4%, ainda é imenso o número de pessoas vivendo em situação de vida não digna. É preciso compreender os motivos que geram cidades tão desiguais.

Essa desigualdade é fruto de intervenções urbanísticas por parte do Estado que negligenciou, historicamente, a população de baixa renda, sempre obrigada a providenciar, por si só, sua morada, através das ocupações de imóveis vazios. De 1964 a 1986, apenas 8% das unidades habitacionais financiadas pelo antigo Banco Nacional de Habitação foram destinadas à população com renda de até cinco salários mínimos.

Oriundo dessa complexa configuração das cidades, o problema das ocupações urbanas é desafiador já que trata de opor Direito à Moradia e Direito à Propriedade. A Moradia é

<sup>34</sup> Disponível em <[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>. Acesso em 20 mar. 2010.

<sup>35</sup> Disponível em <<http://noticias.bol.uol.com.br/internacional/2010/03/19/brasil-tem-quatro-cidades-entre-as-mais-desiguais-do-mundo-diz-onu.jhtm>>. Acesso em 20 mar.2010.

garantindo em nossa constituição no art. 6º, no título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, como Direito Social. Já a Propriedade está disposta no art. 5º, XXII e XXIII. Além disso, o capítulo destinado à Política Urbana da Constituição de 1988 assegura que a propriedade atenderá a função social conforme disposições do Plano Diretor.

O desafio de efetivação do Direito à Moradia, compreendido como direito humano, passa pela efetivação de políticas públicas não só relacionadas à moradia, mas ao direito ao trabalho, saúde, lazer, educação e demais direitos que se necessita para uma vida digna, na defesa de uma cidade justa, compreendida como aquela que permita aos seus habitantes construir alternativas dignas de vida ao padrão societário que o Capitalismo Moderno produziu, gerando cidades desiguais, segregadas sócio-espacialmente e incapazes de garantir dignidade para todos. É preciso compreender os motivos que geram cidades tão desiguais e um imenso déficit habitacional:

O déficit habitacional brasileiro é mais de 6.656.526 moradias, das quais 80% localizam-se na área urbana e 20% na área rural, concentradas em duas grandes regiões brasileiras: Nordeste e Sudeste. Ainda com base nesses dados, 83,2% do déficit atinge famílias que estão na faixa salarial de até três salários mínimos e grande parte dessa demanda o Estado brasileiro não consegue atingir dentro dos critérios da política de financiamento implementado pela Caixa Econômica Federal (CEF), banco responsável pela execução dos programas habitacionais que contempla a população de baixa renda. (CERIS, 2010, p. 346).

Diante desses desafios, nos filiamos à concepção de Direito à Cidade de David Harvey, em discurso na Tenda Urbana do Fórum Social Mundial, em Belém, 2009:

O direito à cidade é o direito de transformar as cidades em algo radicalmente diferente, o direito de participar dos processos de transformação das cidades que, normalmente, são construídas segundo os interesses do capital em detrimento das pessoas. A luta pelo direito à cidade é uma luta contra o capital. Há um estreito relacionamento entre o capital e os processos de construção das cidades.<sup>36</sup>

Precioso compreender, portanto, que as cidades não se desenvolvem de forma desigual apenas por ausência de um planejamento específico e adequado, mas sim por conta de interesses concretos, como do mercado imobiliário, da indústria da construção civil e da especulação imobiliária, que acabam determinando quais áreas da cidade receberão investimentos estatais de maior porte.

A crise financeira que atingiu o mundo em 2009 é descrita por Harvey como uma crise urbana, uma crise oriunda do nível de exploração capitalista sobre os trabalhadores nos grandes centros urbanos:

<sup>36</sup> Disponível em <[http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas\\_urbanos/Imprensa/regularizacao-fundiaria/noticias-2009/fevereiro/a-luta-pelo-direito-a-cidade-e-uma-luta-contr-o-capitalismo](http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas_urbanos/Imprensa/regularizacao-fundiaria/noticias-2009/fevereiro/a-luta-pelo-direito-a-cidade-e-uma-luta-contr-o-capitalismo)>. Acesso em 20 mar. 2010.

Esse processo interdita a efetivação do direito à cidade, principalmente para os mais pobres que são cada vez mais expulsos para locais distantes, pois não possuem meios para acessar os melhores espaços urbanos. A partir da década de 70, o neoliberalismo provocou depressões salariais que aprofundaram esse processo de interdição do direito à cidade. Porém, o simples aumento dos ganhos salariais no interior da lógica do capital não resolve esse problema. Esses aumentos salariais incorporaram os mais pobres na “economia da dívida” por meio do mercado imobiliário, principalmente pelo mercado “subprime”.

Essa dinâmica de investimentos de capitais na produção e comercialização de espaços urbanos e a conformação daquela “economia da dívida” revelam a crescente mercantilização da cidade que desembocou na crise global atual. Os impactos dessa crise estão sendo profundamente desiguais. As execuções hipotecárias causadas por inadimplências afetam principalmente os mais pobres que vivem nas partes mais precárias e antigas das cidades americanas.<sup>37</sup>

Diante desse contexto é importante destacarmos que,

As cidades têm como fim principal atender a uma função social, garantindo a todas às pessoas o usufruto pleno da economia e da cultura e a utilização dos recursos e a realização de projetos e investimentos em seus benefícios, com base em critérios de equidade distributiva, complementaridade econômica, respeito à cultura, à diversidade e à sustentabilidade ambiental. Os instrumentos de aplicação das funções sociais da cidade e da propriedade, tais como planos diretores, leis de uso, ordenamento e ocupação do solo, zoneamento, delimitação de áreas de especial interesse, devem estabelecer estratégias de desenvolvimento urbano e rural que considerem as necessidades da população, especialmente a de baixa renda, quanto a emprego, renda, acesso à terra e à moradia, saúde, educação, transporte e participação. (ALFONSIN, 2006, p. 197)

É importante destacarmos que não compreendemos o Direito à Moradia apenas como a habitação, mas como um conjunto de serviços públicos que garantem dignidade. O direito à moradia surge, no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Reconhece-se, então, a moradia como componente do direito a um padrão de vida adequado e, por conseguinte, como necessidade básica da pessoa humana. A compreensão do direito à moradia e a sua proteção internacional atuais aprimoraram-se a partir de um conjunto de normas constituintes de instrumentos internacionais de direitos humanos.

Em 1991, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Organizações das Nações Unidas produziu o Comentário Geral nº. 4 sobre o Direito à moradia adequada, trazido pelo Art. 11, do Pacto Internacional pelos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Comentário Geral nº. 4 trouxe a visão de que o direito à moradia tem como elementos: **a) Segurança Jurídica da Posse:** todas as pessoas devem possuir um grau de segurança jurídica da posse que lhes garanta a proteção legal contra despejos forçados,

<sup>37</sup> Disponível em <[http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas\\_urbanos/Imprensa/regularizacao-fundiaria/noticias-2009/fevereiro/a-luta-pelo-direito-a-cidade-e-uma-luta-contr-o-capitalismo](http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas_urbanos/Imprensa/regularizacao-fundiaria/noticias-2009/fevereiro/a-luta-pelo-direito-a-cidade-e-uma-luta-contr-o-capitalismo)>. Acesso em 20 mar. 2010.

expropriação, deslocamentos e outros tipos de ameaças; **b) Disponibilidade de Serviços e Infra-estrutura:** acesso ao fornecimento de água potável, fornecimento de energia, serviço de saneamento e tratamento de resíduos, transporte e iluminação pública; **c) Custo da Moradia Acessível:** adoção de medidas para garantir a proporcionalidade entre gastos com habitação e a renda das pessoas, criação de subsídios e financiamentos para os grupos sociais de baixa renda, proteção dos inquilinos contra aumentos abusivos de aluguel; **d) Habitabilidade:** a moradia deve ser habitável, tendo condições de saúde, física e salubridade adequadas; **e) Acessibilidade:** constituir políticas habitacionais contemplando os grupos vulneráveis, como os portadores de deficiência, os grupos sociais empobrecidos, vítimas de desastres naturais ou de violência urbana, conflitos armados; **f) Localização:** moradia adequada significa estar localizada em lugares que permitam o acesso às opções de emprego, transporte público eficiente, serviços de saúde escolas, cultura e lazer; **g) Adequação Cultural:** respeito a produção social do habitat, à diversidade cultural, aos padrões habitacionais oriundos dos usos e costumes das comunidades e grupos sociais. Todos estes elementos do direito à moradia se complementam.

Diferente das declarações, que resultam em compromissos políticos, os tratados, os pactos e as convenções têm natureza vinculadora, o que acarreta obrigações e responsabilidades ao Estado que os ratifica pela falta de cumprimento das obrigações assumidas. Em especial, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contém o principal fundamento, do direito internacional público, do reconhecimento do direito à moradia como um direito humano, estabelecido em seu artigo 11. Nelson Saule Jr. assevera:

A definição do conceito e os efeitos jurídicos do direito à moradia, no direito brasileiro, devem ser construídos a partir da compreensão internacional do direito à moradia. É relevante, portanto, uma leitura dos fundamentos, do conceito, da abrangência e dos efeitos do direito à moradia resultantes do trabalho dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

O Comentário Geral nº 4 sobre o Direito à moradia adequada” (parágrafo 1º, artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), como interpretação mais impositiva quanto ao significado atual de “direito à moradia digna”, “pode ser utilizado como base para atos de desenvolvimento nacional do direito à moradia, para a política habitacional e como base para incorporação do direito à moradia dentro do sistema de proteção dos direitos humanos nacionais. (SAULE JÚNIOR, 2004, p. 155)

Deve ser observado este Comentário Geral para identificar os componentes e a abrangência do referido direito. De acordo com o mesmo, a apreciação do direito à moradia adequada não deve estar sujeita a nenhuma forma de discriminação, uma vez que este se

aplica a toda pessoa indiscriminadamente. Além disso, tal direito não deve ser interpretado de forma restritiva, deve-se considerá-lo como o direito a viver com segurança, paz e dignidade em algum lugar. É direito vinculado a outros direitos humanos e, assim, deve ser entendido, de acordo com o Princípio da Dignidade Humana e da normativa internacional, não apenas como direito à moradia, mas à moradia adequada.

Conclui-se que é possível extrair diretrizes das normas internacionais de direitos humanos a serem devidamente observadas pelo poder público brasileiro – instituições, órgãos, autoridades e gestores públicos – nas ações que visem à promoção do direito à moradia. O Brasil, como Estado-parte signatário de diversos documentos internacionais, dentre esses o PIDESC e a Agenda Habitat, tem não apenas a obrigação política, mas a obrigação legal de promover e proteger esse direito, que, em nosso ordenamento jurídico, tem status supralegal.

O conteúdo material do Direito à Moradia, oriundo do Direito Internacional, tem status de norma constitucional em nosso ordenamento jurídico, já que no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, estatui:

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

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

Tratados que versem sobre Direitos Humanos tem status de emenda constitucional, independente de sua fundamentação formal do art. 5º, § 3º, e, sendo assim, não podem ser alterados ou suprimidos por lei ordinária. É o ensinamento de Flávia Piovesan, que adverte sobre o sentido do art. 5º, § 2º da CF/88, pois aí estaria a inclusão no texto constitucional dos direitos fundamentais previstos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é signatário:

Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. (PIOVESAN, 2008, p. 53)

É preciso ressaltar que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da EC 45/2004 têm status de norma constitucional por força do art. 5º, § 2º da CF/88, integrando o bloco de constitucionalidade. Piovesan salienta que todos os tratados de direitos humanos já ratificados forma aprovados com ampla maioria, mas não em dois turnos. Ainda sustenta que são materialmente constitucionais. Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção no Direito brasileiro. Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do § 3º do art. 5º aponta uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consoante e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a constitucionalização formal dos tratados de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil. (PIOVESAN, 2008, p. 73).

O Direito à Moradia e seu conteúdo material, originário do Comentário Geral nº 4º do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Organizações das Nações Unidas, tem status de norma constitucional e trata-se de verdadeiro direito fundamental, pelo que deve nortear as ações do Estado Brasileiro.

Na Constituição Federal, encontramos a moradia entre os direitos sociais, estando assim albergados no Título destinado aos Direitos Fundamentais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a **moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso).(BRASIL, 1988)

Apesar da recusa de parte da doutrina em identificar os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais, é preciso respeitar a correta interpretação da Constituição, oriunda da Constituinte, que nada mais é que um amálgama de forças sociais, que concordam e discordam em relação a diversas concepções de direitos e forma de organização do Estado. A

Constituição de 1988 surge em um peculiar momento de democratização do país, período que coexistiram as reivindicações dos movimentos sociais e os interesses ainda ligados à burguesia industrial e aos militares. Nossa constituição é esse amálgama, buscar a vontade do Constituinte é referenciar-se na sua composição político-social, e não apenas em um critério formalista-positivista.

Compreendemos que os princípios que regem a hermenêutica constitucional devem ser, conforme Joaquim Salgado, três:

O princípio da ponderabilidade: na interpretação de uma constituição democrática, numa interpretação material, portanto, deve-se observar a preponderância das normas, segundo a ideologia adotada ou segundo os valores que formam o seu conteúdo.

O princípio da maior extensibilidade: refere-se à linguagem constitucional e à sua abrangência. O intérprete tem de investigar a fundo, com a maior amplitude possível, o conteúdo das normas constitucionais, especialmente as que consagram direitos fundamentais, perquiri-lhe todo o seu alcance lógico e axiológico, sempre tendo em vista – acrescente-se – a noção de sistema.

O princípio da imediatidade: refere-se à aplicação da norma constitucional e, especificamente, às que declaram direitos fundamentais. Tais normas independem de qualquer outra regulamentação intermediária para serem aplicadas, pois que declaração de direitos é outorga imediata desses direitos, dando ao titular desse direito subjetivo público (oponível também ao Estado, não já como pessoa, mas como poder institucionalizado) acesso imediato aos órgãos encarregados da sua garantia e eficácia no Estado Democrático. Isso por que direitos subjetivos constitucionais declarados são direitos outorgados imediatamente, cabendo ao órgão do Estado competente, o Judiciário, efetivá-los imediatamente. (SALGADO apud DINIZ, 2002, p. 271)

A hermenêutica constitucional deve buscar dar maior efetividade aos direitos fundamentais, garantindo ponderabilidade, extensividade e imediatidade, e não limitando seu alcance. Por isso, acreditamos que é necessário uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal, de forma a identificar sua correta aplicação. A noção de bloco de constitucionalidade também é deveras importante, pois reconhece que pode ser transcendida a interpretação apenas literal da Lei Fundamental.

A identificação dos elementos constitutivos do Direito à Moradia no ordenamento jurídico brasileiro deve levar em consideração a normativa internacional, devidamente incorporada em nosso ordenamento com status de norma constitucional, portanto, norma de direito fundamental, *prima facie*. Em verdade, os direitos fundamentais são consequência direta dos Direitos Humanos, conforme assevera Canotilho: “Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente.”(CANOTILHO, 1989, p. 434).

Dessa forma, devemos acrescentar ao caráter de norma de direito fundamental as características inerentes aos direitos humanos: universalidade, interdependência, interdisciplinaridade. Dessa forma, o direito à moradia é dirigido a todos, deve ser efetivado mediante a efetivação de demais direitos (saúde, educação, trabalho, etc) e com adoção de políticas e práticas de diversos ramos do conhecimento humano.

O Direito à moradia integra o direito à subsistência, que é expressão mínima do direito à vida, porém, direito à vida digna e à integração social. Assim, o fundamento do direito à moradia está na constatação de que é crescente a exclusão social, a marginalidade econômica, que redundam em marginalidade geográfica. Ao mesmo tempo, a questão da moradia não encontra solução na distribuição da propriedade urbana, no sentido individualista e singular, ou seja, dar uma casa para cada um. (NOLASCO, 2008, p. 89)

O Direito à Moradia é fundamentado pela busca da liberdade fática, única possibilidade de igualdade real entre os indivíduos.

Nesse sentido, o direito à moradia é um direito de igualdade: em geral, direitos sociais de acesso, de oportunidade. São frutos de adscrição, não de capacidade econômica ou produtiva (não fosse assim, estaríamos excluindo a criança, o inválido, o hipossuficiente). Por meio deles, a sociedade exerce a justiça distributiva, atribuindo: a) bens que não produziu, mas cuja administração detém (como a terra); b) bens produzidos com esforço individual ou social (o capital, sob a forma de financiamento, previsto no art. 5º - XXVI da Constituição Federal) (NOLASCO, 2008, p. 91)

Apesar de seu status constitucional, a efetivação do Direito à Moradia passa por alguns obstáculos: **a) fragmentação da política habitacional**<sup>38</sup>: evidenciado pela setorização do Estado no trato das questões de moradia urbana e rural, existindo uma ausência de planejamento para, por exemplo, diminuição da migração campo-cidade; **b) Perda de recursos para atender o Sistema Financeiro Internacional**: O Brasil adota há vários anos a política de superávit primário, que retira dos direitos sociais, entre eles a moradia, milhões de reais em investimento; **c) Mentalidade tecnocrática dos projetos habitacionais**: a lógica do Estado na construção dos conjuntos habitacionais é de baixa qualidade dos projetos para a população de baixa renda, o que gera habitações com péssimas condições de moradia digna; **d) Tarifas elevadas de energia elétrica para a população de baixa renda**: o custo da moradia regular para a população de baixa renda acaba gerando o fenômeno do deslocamento da população pobre na cidade, é preciso instituir um programa nacional de tarifa social. A concessionária de energia no Ceará vem cometendo sérias irregularidades, inclusive descumprindo decisão judicial em sede de Ação Civil Pública, movida pelo PRO TESTE e PROCON SP (20 de abril de 2006). Com essa decisão, quem gastar até 200 kWh/mês se

<sup>38</sup> A questão da migração campo-cidade é fundamental para compreendermos o problema do acesso à terra urbana nas grandes metrópoles, entre 1999 e 2001 mais de 5,3 milhões de pessoas deixaram o campo (IBGE), enquanto que 1% das propriedades rurais possui 45% da área agrícola, revelando uma imensa concentração fundiária.

enquadra na tarifa social; e) Incapacidade do Poder Judiciário de enfrentar os conflitos sociais: o Judiciário não tem órgãos especializados para tratar da questão do conflito fundiário e sua mentalidade ainda é de absolutizar o direito à propriedade, em detrimento do cumprimento de sua função social, o que causa a violação do Direito à Moradia em diversos casos.(ALFONSIN, 2006, p. 199).

#### **4.7 Direito à Propriedade e Função Social no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

O Direito à Propriedade passou por diversas alterações em seu conceito na história do pensamento jurídico. No caso brasileiro, até pouco tempo atrás vigorava a perspectiva estritamente liberal na compreensão da propriedade, como era visto no Código Civil de 1916. As principais características dessa antiga concepção de propriedade era considerá-la um Direito absoluto do proprietário, que poderia, ao seu bem querer e sem dar explicações à sociedade, usar, gozar e dispor da coisa.

Com a Constituição Federal de 1988 esta compreensão não pode mais vigorar. Ao incluir, como elemento fundamental do conteúdo do Direito de Propriedade, a função social, optou-se, na Constituinte 87/88, em garantir aos não proprietários o direito de exigir do proprietário uma conduta conforme a lei, conforme a função social da relação jurídica complexa que é a propriedade. A função social trata-se então de uma garantia constitucional expressa no art. 5º da Constituição Federal:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988)

Quando o artigo 5º, que estatui os direitos e garantias fundamentais, versa que a propriedade atenderá a sua função social, estabelece um vínculo necessário que o proprietário deve respeitar quando for exercer seu direito. Além disso, o capítulo “Da Política Urbana” em nossa Constituição assevera:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (BRASIL, 1988)

Algumas considerações são necessárias quanto à propriedade urbana. Primeiro que a propriedade atenderá sua função social quando atender as exigências do Plano Diretor. Afirmamos acima que “a Constituinte nada mais é que um amálgama de forças sociais, que concordam e discordam em relação a diversas concepções de direitos e forma de organização do Estado.” A opção da Constituinte de 87/88 em deixar para os planos diretores municipais definirem o cumprimento da função social da propriedade urbana trouxe uma série de problemas, entre eles, o da burocratização dessas leis, que excluíram em sua formulação qualquer formato participativo. Além de que, sem explicitar requisitos mínimos, abriu canal para que alguns defendam que a função social da propriedade é letra morta em nosso ordenamento.

Outra questão é que os instrumentos presentes no § 4º supramencionado acabam não sendo devidamente aplicados, e se o fossem, resultariam, para o proprietário, em uma sanção no prazo de dez anos após a aplicação do parcelamento ou edificação compulsórios. Em dez anos as cidades crescem obedecendo às regras do mercado imobiliário, é preciso prazos mais curtos para que o Estado possa intervir na propriedade que não cumpra sua função social, senão não há aplicação possível das sanções para o proprietário faltoso.

Função social diz respeito à finalidade que determinada norma jurídica deve ter em nosso ordenamento jurídico. Segundo Chaves e Rosenvald:

A função social é um princípio inerente a todo direito subjetivo. No receituário liberal definia-se o direito subjetivo como o poder concedido pelo ordenamento ao indivíduo para a satisfação de seu interesse próprio. Ou seja, a realização de qualquer atividade econômica apenas encontrava limites em uma conduta culposa que eventualmente causasse danos a terceiros. Afora tais situações extremas, exaltava-se a conduta egoística de contratantes e proprietários, pois a sociedade era mera ficção, já que a felicidade coletiva dependeria da concessão de ampla liberdade a qualquer cidadão para a consecução de seus projetos pessoais. (ROSENVALD, 2009, p. 199)

Fábio Konder Comparato também ressalva o papel da função social da propriedade quanto ao próprio direito à propriedade:

O descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas. Como foi adequadamente salientado na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito, tão só, ao uso do bem, mas à própria essência do domínio. Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (Código Civil, art. 502) e as ações possessórias. (COMPARATO, 1997, p. 93)

No ordenamento jurídico brasileiro devemos compreender a propriedade como uma relação jurídica complexa, que implica o cumprimento da função social, sem o que o proprietário faltoso pode ser até desapropriado.

Sabemos que a relação jurídica é um vínculo concebido pelo ordenamento que conecta pessoas ou grupos com atribuição de poderes e deveres. Na relação jurídica de direito real, o proprietário titulariza o direito subjetivo de exigir dos não-proprietários um dever genérico de abstenção, como corolário da garantia individual da propriedade (art. 5º, XXII, CF). Todavia, a coletividade é titular do direito subjetivo difuso de exigir que o proprietário conceda função social ao direito de propriedade, à luz do art. 5º, XXII, da Constituição Federal. (ROSENVALD, 2009, p. 208)

É preciso então pensar uma nova hermenêutica constitucional, para que a função social da propriedade possa prevalecer face à concepção ainda individualista de considerar o Direito de Propriedade absoluto, como aquele que o proprietário pode usar, gozar e dispor da coisa (imóvel ou móvel) sem nenhuma explicação para a sociedade como um todo. Essa concepção não há mais como vigorar.

A partir da leitura da Constituição Federal, infere-se que a função social da propriedade é verdadeira garantia constitucional, que devem nortear particulares e poder público na concretização do direito fundamental à moradia. Portanto, o direito à moradia é considerado direito indisponível, e a função social da propriedade corresponde a uma das suas garantias.

Conforme José Afonso da Silva, “a norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais.”(SILVA, 2008)

Ainda no que se refere à função social, verifique-se o posicionamento adotado por Clóvis Bexnos:

Emerge, todavia, a noção de que, não cumprida pelo proprietário a função social estabelecida pelo ordenamento positivo, deve o direito de propriedade extinguir-se,

passando, das mãos de seu titular, ou para o Estado ou para quem lhe dê a função almejada. (BEXNOS, 2006, p. 123)

Tudo isso implica a adoção de mecanismos diversos quanto ao Judiciário, que deve buscar atender os conflitos sociais não como algo negativo, mas como realidades intrínsecas à estrutura desigual de nossa sociedade. De igual modo, José Eduardo Faria, ao analisar os desafios do Poder Judiciário pós-1988, afirma:

O papel do Judiciário tornou-se, no Brasil contemporâneo, objeto de intensa polêmica. Primeiro, porque os tribunais passaram a ser cada vez mais demandados em temas de natureza tributária, reduzindo significativamente a capacidade de ação do Poder Executivo em matéria de política econômica. Segundo, porque os tribunais também passaram a ser crescentemente procurados pelos diferentes movimentos populares, que se apropriaram da política e discursivamente dos direitos humanos com o propósito de utilizá-los judicialmente como sinônimo de direito às maiorias marginalizadas. Terceiro, porque a própria magistratura cindiu-se ideologicamente, com a maioria dos juízes mantendo uma postura interpretativa tradicional, de caráter basicamente exegético, enquanto uma expressiva minoria optou por uma hermenêutica heterodoxa, ou seja, crítica, politizada e com grande sensibilidade social. (FARIA, 2005)

Percebemos que os desafios para efetivação do Direito à Moradia passam por uma nova compreensão do Direito à Propriedade, e que, o Estado e o Judiciário, passem a exigir o cumprimento da função social como elemento constituinte da propriedade.

Na análise dos conflitos fundiários, dois direitos fundamentais são colocados em confronto, em colisão. Salientamos que, conforme exposto acima, somente consideramos que há uma verdadeira colisão de direitos fundamentais se o direito à propriedade estiver cumprindo sua função social. Sem essa característica, sem o cumprimento desse requisito, a propriedade perde sua condição de direito subjetivo, oponível perante os demais, ao menos, em casos de colisão com conflitos que evidenciam o direito à moradia.

Tratamos aqui de duas normas de direitos fundamentais, com caráter *prima facie*, cada uma tem suas restrições. No caso do direito à propriedade, o cumprimento da função social é a principal delas. No caso do direito à moradia, a principal limitação é o volume de esforços públicos para sua efetivação, isso quando reivindicado de forma coletiva.

No caso de um conflito fundiário, envolvendo um grande número de famílias, nas chamadas ocupações de terra, estamos diante do direito à moradia *versus* o direito de propriedade. A solução jurídica para o caso não pode ser dada *a priori*. Os dois direitos, como normas de direito fundamentais tem caráter *prima facie*, que ressaltam que sua efetivação deve se dar através do mandamento de otimização.

Uma providência preliminar é a identificação da função social da propriedade. Era atendida pelo proprietário? De que forma? Atendia às exigências do Plano Diretor Municipal? Depois devemos analisar a natureza da ocupação: se para fins de moradia ou diversos.

Havendo um conflito entre uma ocupação de terra urbana para fins de moradia e o direito à propriedade sem cumprimento de sua função social, defendemos a prevalência do direito à moradia. Obviamente, essa análise deve ser realizada concretamente, não em abstrato.

Questão interessante é quando do conflito entre uma terra que cumpre sua função social e o direito à moradia – revestido na ocupação urbana por parte dos indivíduos. Nesse caso, sendo indubitável o atendimento da função social, acreditamos que o Judiciário pode se valer de diversos instrumentos do Estatuto da Cidade, para fazer prevalecer, no sopesamento, o direito à moradia, entendido coletivamente, sobre o direito de propriedade, com o estabelecimento de garantias ao proprietário, como a desapropriação judicial.

Consideramos que a natureza coletiva do direito à moradia gera um dever de inclusão de alguns elementos relacionados à tutela coletiva para solução do caso concreto. Inicialmente, é importante destacar o Comentário Geral nº 7 sobre o Direito à Moradia Adequada, do Comitê de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais das Nações Unidas, que traz uma série de regras de proteção contra despejos forçados.

Segundo o Comentário geral nº7:

Tal como se emplea en la presente Observacion general, el término "desalojos forzosos" se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.<sup>39</sup>

Percebemos assim que os despejos forçados não são apenas os ilegais, mas o que geram uma situação de desabrigo, sem opções de garantia de moradia digna. Sem dúvida, o judiciário é um dos autores de despejos forçados, ao emitir ordem de reintegração de posse deixando, muitas vezes, centenas de famílias ao relento.

A proteção contra despejos forçados é o primeiro dos elementos de garantia do direito à moradia que deve ser levada em consideração no sopesamento. Deve-se questionar: ao decidir pela prevalência do direito à propriedade, qual é o destino das famílias ocupantes? O Poder

---

<sup>39</sup> Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/reforma-agraria/ComentarioGeral7\\_DESC/view](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/reforma-agraria/ComentarioGeral7_DESC/view), acesso em 10 de dez de 2011.

executivo deve ser instado, nos procedimentos possessórios, a oferecer resposta a demanda, somente depois procedendo à ordem reintegratória.

Além desse, Nelson Saule oferece uma série de princípios que norteiam o conteúdo do direito à moradia adequada: a cidadania e a dignidade da pessoa humana; a soberania popular e a democracia direta; o princípio da igualdade; o princípio do devido processo legal; o princípio da paz e da harmonia social. (SAULE JUNIOR, 2004, p. 165).

Destacamos o princípio da paz, que deve nortear o Judiciário nos casos de conflitos fundiários. A decisão sobre qualquer questão possessória deve levar em consideração a promoção da paz e harmonia social, o que somente pode ser realizado através da garantia do direito à moradia adequada.

Ressaltamos que a técnica da ponderação de valores, nas decisões judiciais, deve ter em conta o conjunto do ordenamento jurídico, sendo válido e racional supor que podemos elencar o direito à moradia de centenas de pessoas em preferência ao uso dos imóveis para especulação imobiliária.<sup>40</sup> A ciência jurídica, por vezes, identifica tais conflitos com as categorias de posse e propriedade, abstendo o julgador de conhecer, de fato, a situação concreta. Uma decisão que privilegie o direito de propriedade importa em desalojamento de centenas de famílias. Não nos parece coerente com o ordenamento jurídico brasileiro que tal situação seja a mais adequada. Não estamos aqui a tratar de um proprietário que está tendo seu imóvel, que utiliza para moradia, invadido. Muitas vezes o proprietário tem uma cadeia de imóveis. Os conflitos fundiários que aqui tratamos são entre famílias sem teto e proprietários de imóveis desocupados.

Na ponderação de valores, defendemos que o magistrado pode, não conceder medidas reintegratórias à propriedade enquanto não é garantida às famílias o direito à moradia. Seria um ônus que o proprietário que descumpra a função social teria que arcar, enquanto aguardam-se definições quanto a intervenção do Executivo, ou mesmo, soluções pacíficas, como permuta entre particular e Poder Público, ou mesmo, alternativas diretamente advindas do Estatuto da cidade.

A análise da proteção jurídica às ocupações urbanas revelará a prevalência do direito à moradia conforme aqui estudado, com a ampliação de seu conteúdo material. Mais adiante analisaremos os mecanismos presentes no Estatuto da Cidade, oportunidade que poderemos verificar alternativas para o Magistrado na resolução de casos de conflitos fundiários.

---

<sup>40</sup> Terrenos ociosos, aguardando uma melhor valorização mercantil.

## **5 O JUDICIÁRIO E O DIREITO À MORADIA: O DESIGUAL ACESSO À TERRA URBANA NO BRASIL**

O Judiciário no Brasil é cada vez mais demandado para se pronunciar sobre a efetivação dos direitos sociais. O atual cenário político brasileiro, marcado pelo sintomático descrédito da população em geral na democracia representativa leva à invisibilidade dos conflitos sociais, que acabam resolvendo-se em outros campos da institucionalidade.

Os conflitos fundiários, que expressam uma desigualdade estrutural brasileira no tocante ao acesso à terra urbana, têm sua resolução deslocada do ambiente político para o jurídico. Ao invés de um amplo debate sobre a forma de distribuição e acesso ao solo urbano, as políticas estatais de fomento de moradias à população pobre, ou mesmo de regularização das ocupações irregulares, prioriza-se o tratamento jurídico com a oposição do direito à propriedade e direito à moradia, esvaziando o conteúdo político do conflito, e abrindo caminho para um formalismo jurídico enervado de conservadorismo.

Nesse cenário, que parece não modificar-se sem um longo período de ampliação das mobilizações populares ao centro do poder político e econômico, o Judiciário cumpre destacado papel, tornando-se o mediador de uma sociabilidade da desigualdade.

Antes de adentrarmos com maior profundidade o papel do judiciário nesse cenário e especificamente as suas possibilidades de atuação no tocante à resolução dos conflitos fundiários, vamos abordar os discursos relacionados à ausência de proteção jurídica aos direitos sociais e às ocupações irregulares. Desta forma, verificaremos que existe uma série de mecanismos que podem ser utilizados pelo Magistrado na resolução de conflitos fundiários, mas que, muitas vezes são esquecidos completamente nas decisões.

### **5.1 A proteção jurídica às ocupações possessórias no ordenamento jurídico brasileiro**

As ocupações de terra urbana para fins de moradia têm uma sistemática que permitem reivindicar proteção de sua posse ou a aquisição da propriedade, conforme o caso, de acordo com nosso ordenamento jurídico. A interpretação de nossa Constituição nos permite concluir que devemos adotar a paz como forma de solução de nossos conflitos, isto é decorrência direta do preâmbulo e do art. 1º da Constituição:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

#### TÍTULO I

##### Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

O Preâmbulo é claro ao afirmar que a Constituição de nosso Estado democrático busca assegurar os direitos sociais, e que nos comprometemos, internamente, em solucionar pacificamente os conflitos.

Além disso, a dignidade da pessoa humana está assegurada logo no inciso III do art. 1º, como fundamento de nossa República.

Além disso, o Comentário Geral nº 7 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas versa especificamente sobre a proibição de despejos forçados. O art. 15 traz uma série de medidas de proteção processual que devem ser aplicadas:

- a) Uma autêntica oportunidade de consultar as pessoas afetadas;
- b) Um prazo suficientemente razoável para notificar todas as pessoas afetadas com atenção à data prevista para o despejo;
- c) Facilitar a todos os interessados, em um prazo razoável, a informação relativa ao despejo previsto e, se for o caso, o fim a que se destinam as casas e residências.
- d) A presença de funcionários públicos ou seus representantes, especialmente quando o despejo afetar grande número de pessoas;
- e) Identificação extada de todas as pessoas que serão atingidas pelo despejo e que executaram o despejo;
- f) Não os efetuar quando houver mal tempo ou à noite, salvo de as pessoas afetadas consentirem;
- g) Oferecer remédios jurídicos;
- h) Oferecer assistência jurídica sempre que possível às pessoas que necessitam pedir indenização aos tribunais. (SAULE JUNIOR, 2004, p. 117).

Essas regras demonstram que diante de um conflito fundiário, o juiz deve diligenciar para a solução da lide que cause o menor dano possível. Em uma ação possessória, sendo imprescindível o deferimento da reintegração de posse, devem ser determinadas as regras acima, e em obediência ao direito à moradia digna, deve ser procurada a destinação de moradia digna.

Além disso, aos ocupantes irregulares, existe uma proteção jurídica em nosso ordenamento que deve ser considerada quando do julgamento da lide, seja pelo juiz, ou por diligência sua em intimar o Município das providências que devem ser tomadas.

A Constituição Federal assegura o direito ao desenvolvimento urbano, como forma de fomento de cidades justas na ótica constitucional, nos arts. 182 e 183.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo

urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

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

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL, 1988)

A norma acima nos indica três elementos fundamentais para a consolidação de uma política urbana mais adequada à mitigar os danos da especulação imobiliária sobre o acesso à terra urbana. Em primeiro lugar a definição do Município como o executor da política de desenvolvimento urbano, com as regras para cumprimento da função social da propriedade expressas no Plano Diretor; Em segundo lugar, a possibilidade do Município exigir da propriedade que não cumpre função social sua adequada fruição, a partir dos instrumentos do parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo e desapropriação; Por último, a diretriz dos municípios procederem à regularização fundiária com a possibilidade da usucapião especial constitucional prevista no art. 183.

Após a Constituição de 1988, Municípios e Estados, em obediência ao art. 24, I da Constituição Federal avançaram em construir marco legal para o uso e ocupação do solo urbano, porém, somente em 2001, com a Aprovação do Estatuto da Cidade – Lei 10257/2001, que tivemos um marco de diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano.

#### Segundo SAULE JUNIOR,

Os princípios constitucionais fundamentais norteadores do Plano Diretor são:

- da função social da propriedade;
- do desenvolvimento sustentável;
- das funções sociais da cidade;
- da igualdade e da justiça social; e
- da participação popular;

Dentre as diretrizes gerais da política urbana, estabelecidas no artigo 2º do Estatuto da Cidade, que devem direcionar as normas do Plano Diretor para efetivação do Direito à Moradia, cabe ressaltar as seguintes:

- Garantia do direito às cidades sustentáveis;

- Gestão democrática das cidades;
- Ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a lesão ao princípio da função social da propriedade;
- Justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
- Recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização dos imóveis urbanos;
- Regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda; e
- Simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias. (SAULE JUNIOR, 2004, p. 255).

O Estatuto da cidade traz princípios de obediência obrigatória para a política de desenvolvimento urbano, que são aplicáveis aos casos de resolução de conflitos fundiários, portanto, de conhecimento obrigatório do Judiciário, quando, por exemplo, é preciso analisar a função social da propriedade conforme o Plano Diretor em uma Ação de Reintegração de Posse.

Esse marco principiológico constitui um importante elemento de proteção jurídica às ocupações irregulares em nosso ordenamento, pois deixa claro que toda a política de desenvolvimento urbano deve buscar realizar a função social da cidade, e junto, da propriedade; além de realizar a regularização fundiária como diretriz geral, inclusive com a garantia de participação das pessoas envolvidas nesse processo de tomada de decisões.

Temos que destacar que dentro da lógica do direito à cidade, o direito à moradia é seu núcleo fundamental. Não qualquer moradia, mas moradia digna.

O direito à moradia é o núcleo central do direito a cidades sustentáveis em razão dos dois direitos a serem respeitados disporem dos mesmos elementos: acesso à terra urbana, moradia adequada, saneamento ambiental, infra-estrutura urbana, transporte e serviços públicos.

O direito à moradia coletivo dos grupos vulneráveis, como moradores de um acampamento à beira de uma avenida, dos loteamentos e conjuntos habitacionais populares nas periferias urbanas, das favelas, dos cortiços, de ruas e viadutos é parte integrante da garantia do direito a cidades sustentáveis. Atribuir legitimidade para estes grupos participarem da gestão da cidade estará atendendo, ao mesmo tempo, o direito à moradia e o direito à cidades sustentáveis. . (SAULE JUNIOR, 2004, p. 243).

O cumprimento das diretrizes do Estatuto da Cidade faz parte de um conjunto de diretrizes que reforçam a tese de que a resolução dos conflitos fundiários deve obedecer a diretrizes que permitam a garantia de moradia digna.

Além destes elementos, podemos destacar como instrumentos que garantem proteção jurídica à moradia irregular presentes no Estatuto da Cidade: Zonas Especiais de Interesse

Social; Usucapião urbano; Concessão de Uso Especial para fins de Moradia; Concessão de Direito Real de Uso.

Consideramos moradia irregular as situações descritas por Nelson Saule:

- Ocupações individuais ou coletivas de áreas públicas e particulares que formam as favelas.
- Ocupações coletivas de prédios públicos, em regiões centrais da cidade, por movimentos que lutam por moradia;
- Ocupações individuais ou coletivas de espaços vazios sob pontes ou viadutos;
- Loteamentos clandestinos implantados por empresas privadas, imobiliárias, proprietários e cooperativas habitacionais em áreas impróprias ou de preservação ambiental;
- Conjuntos habitacionais e loteamentos urbanos irregulares por associações comunitárias, empresas e imobiliárias;
- Cortiços instalados em imóveis velhos e deteriorados, adaptados irregularmente para serem alugados a famílias de baixa renda. (SAULE JUNIOR, 2004, p. 340).

Dentro dessas situações, o estatuto da Cidade traz uma série de instrumentos que podem ser aplicados como forma de garantia de cumprimento da função social da propriedade e do direito à moradia digna.

### ***5.1.1 Zonas Especiais de Interesse Social***

As Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS são a determinação de uma área pelo Plano Diretor Municipal para atender especificamente aos interesses de regularização fundiária. Dessa forma, tem parâmetros específicos, que permitem que áreas que se encontram em desarmonia com a legislação municipal de uso e parcelamento do solo possam sofrer ações de regularização, sem prejuízo do direito à moradia de seus integrantes.

A Zona Especial de Interesse Social deve ser aplicada pelos Municípios para atender a dois objetivos da política habitacional. O primeiro diz respeito a atender às diretrizes da política urbana, prevista no inciso XIV e XV do Estatuto da Cidade, da regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e da simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias.

O segundo objetivo refere-se à ampliação da oferta de moradia adequada para a população de baixa renda, em regiões da cidade dotadas de infra-estrutura e equipamentos urbanos, ao determinar o uso de áreas urbanas não utilizadas, não edificadas e subutilizadas para a execução de projetos de habitação de interesse social. (SAULE JUNIOR, 2004, p. 363)

Dessa forma, uma área de ocupação irregular, delimitada como ZEIS no Plano Diretor ou em lei específica, fica destinada a ser regularizada para habitação de interesse social. AS vantagens são imensas, pois há toda uma indução de como deve ser utilizado esse espaço. Se

há uma proposta de fortalecimento de mercadinhos populares, a delimitação de ZEIS pode impedir a instalação de um grande supermercado, ou de grandes empreendimentos como estádios de futebol. Pode ser instituída também uma política própria de mobilidade urbana, com o aumento das ciclovias e linhas de ônibus (meio de transporte principal da população pobre).

Além disso, os indivíduos com moradias regularizadas saem de uma situação de informalidade, passam a ter a documentação cartorial de seus imóveis, deixando de ser “ilegais” e “irregulares”. Em alguns casos, isso consiste em acesso a serviços essenciais como água e energia.

No estudo “Estatuto da Cidade – guia para implementação pelos municípios e cidadãos”, elaborado pelo Instituto Pólis, são apontados como objetivos do estabelecimento das ZEIS:

- permitir a inclusão de parcelas marginalizadas da cidade, por não terem tido possibilidades de ocupação do solo urbano dentro das regras gerais;
- permitir a introdução de serviços e infra-estruturas urbanos nos locais em que antes não chegavam, melhorando as condições de vida da população;
- regular o conjunto de mercado de terras urbanas, pois em se reduzindo as diferenças de qualidade entre padrões de ocupação, reduzem-se também as diferenças de preço entre terras;
- introduzir mecanismos de participação direta dos moradores no processo de definição dos investimentos públicos em urbanização para a consolidação dos assentamentos;
- aumentar a arrecadação do município, pois as áreas regularizadas passam a poder pagar impostos e taxas – vistas nesse caso, muitas vezes, com bons olhos pela população, pois os serviços e infraestrutura deixam de ser vistos como favores, e passam a ser obrigações do Poder Público;
- aumentar a oferta de terras para os mercados urbanos de baixa renda. (SAULE JUNIOR, 2004, p. 365).

As ZEIS podem ainda ser destinadas a regularizar os loteamentos irregulares ou mesmo delimitar áreas não utilizadas, como imóveis vazios, para destinação de moradia popular.

No caso dos conflitos fundiários, de acordo com o poder geral de cautela, o juiz deve verificar se a área, objeto do litígio, está delimitada como ZEIS. Uma vez delimitada, implica que a mesma já é destinada à habitação de interesse social, podendo o juiz estabelecer medidas que visem garantir, aos ocupantes, a fruição do imóvel.

Pode também, em caso de conflito fundiário em área privada, intimar o Município acerca de seu interesse na causa, já que a existência de lei municipal pode alavancar uma resolução pacífica da lide.

### **5.1.2 Usucapião Especial Urbano**

Previsto na Constituição Federal, art. 183, constitui em uma forma de acesso á propriedade para aqueles que se encaixam naquelas exigências:

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

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL, 1988).

Os requisitos são ser possuidor, de forma ininterrupta e sem oposição, por mais de cinco anos, de imóvel de até duzentos e cinquenta metros quadrados, para uso de moradia.

Busca atingir a finalidade de garantir a regularização fundiária, principalmente de áreas já consolidadas por ocupações irregulares, bem como fomentar o cumprimento da função social da propriedade, com o uso destinado à moradia.

Ressaltamos aqui que esse instrumento reconhece a segurança jurídica da posse de seus moradores, e, portanto, o direito à moradia, e deve ser aplicado pelo poder Judiciário na resolução de conflitos fundiários.

### ***5.1.3 A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia***

A Concessão de Uso Especial para fins e Moradia está previsto, originariamente no § 1º do art. 183 da Constituição Federal e na Medida Provisória 2220/2001, que estabelece em seu art. 1º:

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. (BRASIL, 2001)

Percebemos que diante da impossibilidade de realização do usucapião de imóveis públicos, e como forma de garantir às ocupações irregulares, que se consolidaram em áreas públicas o direito de regularização fundiária, permite a outorga de título de domínio ao ocupante de imóvel público que tinha cinco anos de posse até 30 de junho de 2001.

Os requisitos são o mesmo do usucapião. A diferença é que a o título jurídico é uma concessão, o que gera a obrigatoriedade de permanência da situação de uso para fim de moradia.

Além disso, o critério temporal somente permite a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia até que tinha cinco anos de posse até 30 de junho de 2001. O objetivo é desestimular as ocupações em imóveis públicos. A alegação era que a inexistência de uma “trava” temporal permitira o surgimento de novas ocupações.

Da mesma forma do usucapião, a Concessão é um direito subjetivo, podendo ser utilizada como forma de defesa nas ações possessórias. Constitui outro instrumento de proteção jurídica à posse dos ocupantes irregulares. Deve ser, igualmente, reconhecida pelo Judiciário.

Percebemos assim que as ocupações irregulares detêm de proteção jurídica pelo nosso ordenamento jurídico, que consiste na segurança da posse, na não realização de despejos forçados, na garantia de que a propriedade cumpra sua função social e na garantia do direito à moradia.

Na ocasião de resolução de conflitos fundiários, o Judiciário deve observar esses parâmetros como forma de resolução pacífica dos conflitos, verdadeira diretriz para a solução das ações possessórias.

Analisamos aqui esses instrumentos de proteção jurídica das ocupações irregulares devido ao fato de que, nas ações judiciais possessórias, a efetiva solução pacífica da lide implica em que o Judiciário determine ao Município, mesmo que não integrante da lide, deve ser chamado a se pronunciar, a efetivação do direito à moradia.

Não há mais em nosso ordenamento abertura para liminares de reintegração de posse que deixam centenas, milhares de famílias na rua, sem nenhuma preocupação com a destinação de moradia das mesmas. Esse é um desserviço à efetivação do direito à moradia em nosso país.

Porém, é preciso também superar os limites tradicionalmente colocados ao judiciário para determinar a efetivação de direitos sociais ao Poder Público.

## **5.2 A alegação de “Reserva do Possível”**

Os Direitos Sociais são realizados através do estado, não se encaixam como meros direitos de defesa contra o abuso de poder, fazem parte dos objetivos do Estado Democrático de Direito Social advindo no Brasil com a Constituição de 1988.

Em uma perspectiva histórica surgiram com as revoluções proletárias e com a influência socialista na política mundial no início do Século XX. Rússia (1917), México (1917) e Alemanha (1919) são os principais exemplos. Rompia-se assim o ciclo predominantemente liberal de inclusão como direitos fundamentais nas constituições apenas os chamados direitos de “primeira geração”.

A inclusão desses direitos pressupunha não somente declarações de proibições, mas a garantia da confecção das “políticas públicas sociais”, verdadeiros programas estatais que buscam dar concretude aos direitos sociais estatuídos.

Uma compreensão equivocada fez com que se realizasse a oposição entre direitos de liberdade versus direitos sociais, como se os segundos, por depender de forte investimento de recursos por parte do Estado não tivessem eficácia imediata, ou mesmo, não fossem considerados como “verdadeiros direitos”.

Não é bem assim, até por que as liberdades públicas também exigem do Estado a alocação de recursos, basta refletir sobre os custos das eleições municipais, estaduais e nacionais; o custo com segurança pública e por aí vai. Em verdade os direitos sociais têm um custo inicial, relativos à implantação da rede de atendimento, que por constituir despesas de capital sempre são grandes, como a construção de um conjunto habitacional ou de um hospital, e depois, constituem apenas despesas correntes, com a manutenção do pessoal específico (médicos, enfermeiros) e custos de manutenção.

A dificuldade de efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais passa por uma errônea compreensão de que o Estado tem livre disposição para descumprir as normas fundamentais estatuídas na Constituição. A histórica demanda de ampliação dos parques de atendimento em educação, saúde, lazer, moradia, não é priorizada pelo Estado e governos.

Nesse tocante, a alegação de que essa discussão deve ser feita pelos representantes do povo e não pelo Judiciário passa a ser cínica, pois é esse povo que é prejudicado diariamente com a ausência dos direitos sociais, já que a classe rica no Brasil consegue, via serviços privados, o atendimento social de que necessita.

Os limites entre político e jurídico são curtos, entrelaçam-se.

Nesse ponto, é de ressaltar que a consolidação dos direitos sociais e sua consequente implementação precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política. (KRELL, 2002, p. 22).

É preciso adotar uma posição que implique em assumir os Direitos Sociais como Fundamentais:

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros *direitos*. Esta obrigação, segundo Bidart Campos, é universal e existe “frente a todos”, devendo o Estado “desenvolver e executar políticas de bem-estar no vasto campo das necessidades primárias dos homens que se encontram numa situação de hipossuficiência, marginalidade, carência. Políticas de emprego, políticas alimentares, políticas habitacionais, políticas de educação e saúde, etc.” Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões constitucionais. (KRELL, 2002, p. 23).

Compreendemos que a Constituição não é somente o documento que estabelece regras procedimentais para o Estado, mas expressa os desejos e objetivos para o estado da comunidade política ali representada.

O discurso constitucional “sempre é um discurso codificador da realização de interesses pragmáticos e da legitimação de pretensões de domínio político. A verdade discursiva é a codificação de uma luta por posições constitucionais. No entanto, é importante que aqueles que aceitam e até apreciam um certo conteúdo utópico de um texto constitucional não se esqueçam de que o seu poder de integração depende decisivamente da sua realização e concretização na vida diária, o que pressupõe um mínimo de exequibilidade jurídica. (KRELL, 2002, p. 29).

A Reserva do possível surge como uma das limitações à efetivação dos Direitos Sociais no Brasil.

É importante ressaltar que a origem do instituto no Direito Alemão está mais para impedir a titularidade de direito subjetivo aquilo que é impossível de ser exigido da sociedade do que aparecer como limite orçamentário à execução de direitos sociais. É o caso do acesso à Universidade mesmo quando já esgotado o número de vagas.

A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamadas de corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo o

poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende, de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador. (SARLET, 2010, p. 29)

A longa citação acima tem o fito de aclarar o entendimento da reserva do possível no Direito Alemão. Para o caso brasileiro, evidente que a alegação de indisponibilidade de recursos é importante, deve fazer parte da análise, porém, o que alertamos, é o uso indiscriminado da Fazenda Pública em tornar a reserva do possível alegação geral para descumprimento de direitos sociais.

Salientamos o entendimento de Freire Junior:

Há outras questões interessantes relacionadas ao problema da reserva do possível no seu aspecto jurídico, como, por exemplo: a) política pública prevista no plano plurianual, mas não prevista na lei orçamentária; b) política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, porém não realizada a despesa até o fim do exercício em curso; c) política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, porém realizada apenas em parte no exercício próprio; d) possibilidade de o juiz determinar a inclusão de política pública no próprio plano plurianual; e) problema de que a previsão na lei orçamentária anual não gera direitos subjetivos nem obriga o administrador a realizar a despesa prevista; f) política pública prevista no plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, mas ainda não efetivada. (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 78).

A comprovação específica de ausência de recursos para a efetivação do Direito Social é um requisito indispensável na alegação a Reserva do Possível, não há possibilidade de alegação genérica, sob pena do instituto funcionar como mero expediente de recusa do Estado em garantir os Direitos Sociais.

E, como lembra Freire Junior:

Ademais, o Brasil é signatário do pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que prevê expressamente no seu art. 2º-1: “Cada Estado-parte no presente pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 79).

A alegação de Reserva do Possível deve ser analisada com foco nas questões aqui levantadas, na análise concreta da impossibilidade orçamentária, e no marco normativo Internacional de proteção aos direitos sociais.

### **5.3 Discricionariedade administrativa e direitos sociais**

O tema da discricionariedade administrativa é um dos mais debatidos nos últimos anos entre os juristas que atuam nessa seara. Realmente, trata-se de tema bastante controverso, que deslança paixões e discussões calorosas sobre o limite que deve ser estabelecido ao Poder Executivo no uso da sua faculdade discricionária.

Muitas vezes, a discricionariedade foi considerada um limite entre temas da Administração Pública que podiam ser judicializados ou não. A concepção tradicional de discricionariedade a compreende como o âmbito no qual a Administração pode decidir autonomamente sem vincular-se a parâmetros jurídicos. (MORAES, 2004, p. 33)

Durante todo o século XIX e boa parte do Século XX a atividade administrativa era encarada com uma vincula a certos parâmetros jurídicos e outra não vinculada (discricionária) que não comportava qualquer vinculação jurídica, entendida como atos de império. Após, houve uma alteração do modo de compreender a Administração Pública, passando do princípio de que a Administração pode fazer tudo o que não está proibido para aquele que ela só pode fazer o que está permitido em lei.

Dessa forma, toda ação da Administração Pública está definida em lei, não havendo motivo para falar de atos completamente discricionários, pois, são discricionários apenas certos elementos da ação da Administração Pública. (MORAES, 2004, p. 36)

Segundo Germana de Moraes, a discricionariedade pode ter quatro formas de definições: negativas, positivas, ecléticas e integradoras.

A discricionariedade negativa é aquela entendida como “margem de livre decisão não regulada ou parcialmente regulada pelo Direito, atribuída pela norma à Administração”.

Já a concepção positiva ou materialista atua como uma liberdade de apreciar o interesse público no caso concreto, trabalhada por Gianinni, é uma escolha do maior ou menor interesse público.

Entendida no aspecto eclético, são aliados os elementos da valoração do interesse público, uma norma com ausência da definição desse interesse e a liberdade de decisão à Administração para a escolha, dentro dos parâmetros definidos pela norma.

Podemos considerar, para caracterizar a discricionariedade, três elementos fundamentais: o complemento à previsão aberta da norma, a margem de livre decisão e a ponderação dos interesses em jogo. ((MORAES, 2004, p. 41)

Sobre essa reformulação da discricionariedade administrativa, Germana de Moraes assim se pronuncia:

A redefinição da categoria de vinculação conduz inexoravelmente à redelimitação dos contornos da discricionariedade administrativa. Ampliada a esfera de vinculação, por via reflexa, estreitam-se as fronteiras da discricionariedade, em sua percepção, reconduzível à ideia de mérito do ato administrativo, conforme se infere, quando se lê sua definição de discricionariedade como “a liberdade (derivada da vontade, da natureza aberta ou da teleologia mesma dos comandos jurídicos), para a emissão dos juízos de conveniência ou de oportunidade quanto à prática de determinados atos administrativos. Sob essa perspectiva, propõe seja reformulada a antiga distinção entre atos vinculados e atos discricionários e sugere sejam classificados os atos administrativos, segundo o critério da maior ou menor liberdade do agente, em atos administrativos vinculados propriamente e atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. (MORAES, 2004, p. 42)

Percebemos assim que a discricionariedade administrativa deve ser entendida dentro de um campo pertencente ao princípio da legalidade, não há como trata-la como margem de decisão cabível ao administrador(a) isenta de qualquer parâmetro legal (ou jurídico).

Essa nova perspectiva é deveras importante, por que permite aos administrados o exercício de controle sobre a Administração Pública, seja no próprio âmbito da legalidade administrativa, seja socorrendo-se ao Judiciário. Germana de Moraes procura definir discricionariedade da seguinte forma:

Discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais do Direito e dos critérios não positivados de conveniência e oportunidade: 1) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4) comaltar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não-prefixada, porém aceita pelo Direito. (MORAES, 2004, p. 48)

Essa alteração conceitual permite plenamente o controle jurisdicional, que deve versar sobre “a conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle da juridicidade stricto sensu).”

Vemos assim que a alegação de violação à separação de poderes e à discricionariedade administrativa não pode prosperar em matéria de Direitos Sociais, já que entendidos como mandamentos de otimização, só pode o Estado recusar-lhe cumprimento, demonstrando que já o faz em todas as condições possíveis.

#### 5.4 Custo do Direito à Moradia, orçamento público e o papel do Judiciário

Em sua acepção coletiva, a efetivação do Direito Social à Moradia tem um custo elevado para o Estado, e isto repercute para os casos de conflitos fundiários, pois estamos diante de conflitos que envolvem dezenas e centenas de famílias. A simples ordem de reintegração de posse implica em destinar à sociedade mais um grande número de sem-teto, solução, do ponto de vista das finalidades do Estado Democrático de Direito Brasileiro indesejável.

Primeiramente é preciso desconstruir a ideia, bastante sedimentada, de que somente os direitos sociais têm custos. Não é verdade. A garantia do direito à segurança, ou do direito ao sufrágio eleitoral demanda do Estado um grande volume de recursos financeiros. Todo o aparato policial, com as viaturas, sistemas de informação, delegacias, pagamento de recursos humanos (policiais, inspetores, delegados, etc.); no outro exemplo, toda a estrutura desenvolvida para a realização das eleições também movimentam uma quantidade significativa de recursos. E assim se dá com diversas liberdades públicas.

Desmistificar essa ideia é importante para que possamos realizar o debate a partir de termos mais apropriados, justamente, das escolhas de prioridade através do orçamento público e o limite do Judiciário nesta seara.

Dizer que todo direito tem custos não significa dizer que seus custos são iguais, conforme salienta José Reinaldo de Lima Lopes:

Apesar de concordar, como não poderia deixar de fazê-lo, que a manutenção da propriedade individual implica custos para o estado (manutenção da justiça e da segurança pública, por exemplo), creio ainda que o objeto da prestação é diferente no Direito à Propriedade e no Direito à Saúde. No primeiro, a prestação é de recursos indiretos para a manutenção de algo que pode ter sido adquirido no mercado. No segundo, a prestação é o próprio serviço que o Estado fornece fora do mercado se for o caso. Note-se a diferença da fórmula: “art. 5º - XXII – é garantido o direito de propriedade; art. 196. A saúde é direitos de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção. O estado não se obriga a dar acesso à propriedade (de que bens?) a todos, mas a garantir que os que gozam da propriedade não serão esbulhados. Já quanto à saúde ficou obrigado a garanti-la, mas, claro, mediante políticas sociais e econômicas, não mediante concessões individuais. Assim, a meu ver, o argumento não pode ser feito no sentido de que a propriedade não gera custos ou obrigações para o Estado. Bem ao contrário, o estado gasta com os proprietários e ao fazê-lo pode-se bem ver o quanto gasta e como usa os serviços universais de justiça e segurança para beneficiar um grupo que não é, necessariamente, universal, ou seja, o grupo dos proprietários. Mas isso, ao meu ver, não anula a diferença das prestações nos dois tipos de direitos. (LOPES in SARLET 2010, p. 159)

A diferença de custos é um dos elementos para decisões, que envolvam orçamento público e direitos sociais, mas não pode ser sua principal razão, a não ser em casos extremos que constituam ofensa à própria funcionalidade dos demais direitos fundamentais do restante da sociedade.

Em estudo recente, José Reinaldo de Lima Lopes, analisa três elementos que poderiam constituir-se em limites à efetivação dos direitos sociais, mais especificamente ligados às alegações em torno da reserva do possível: a) obrigação impossível; b) a doutrina da questão política; c) cláusulas potestativas.

Quanto às *obrigações impossíveis* é preciso destacar que são aquelas que fática e juridicamente não são possíveis de serem adimplidas. Com relação ao orçamento público é preciso esclarecer que este é fruto de uma escolha governamental, portanto, a obediências aos ditames constitucionais e infraconstitucionais que norteiam sua confecção podem ser objeto de controle judicial.

No caso do orçamento público a mera alegação de que não há possibilidade de mudança da lei orçamentária aprovada e portanto não há recursos para efetivação do direito à moradia não é totalmente correta. Devem ser analisada as possibilidades, que são previstas na própria lei, de contingenciamento e remanejamento de recursos. Somente após essa análise, e permanecendo a impossibilidade de alocação de recursos é que se poderia falar em impossibilidade jurídica de um pedido de efetivação do direito à moradia que exija alocação de recursos, por exemplo, construção de um conjunto habitacional.

Como normalmente se chama a juízo o Poder Executivo, havendo orçamento aprovado, é impossível que ele o mude por ordem judicial, por falta de competência sua e de competência judiciária. A não ser, claro está, que se prove que há espaço para remanejamento e para contingenciamento (previstos na própria lei orçamentária). Essa impossibilidade é jurídica, pois a mudança nas regras que determinam a competência para criar e financiar custos de bens públicos são regras constitucionalmente definidas. Violá-las torna inválidos os atos, ou seja, juridicamente inaptos para produzir efeitos. (LOPES in SARLET, 2010, p. 160)

Além dessa impossibilidade jurídica, ou seja, mesmo existindo recursos no orçamento em geral, faltam recursos alocados ou possíveis de alocação para a providência que se busca, existe a **escassez de recursos**, ou impossibilidade econômica, quando a fruição de determinado bem significará a não fruição de outro. Quando há escassez, devem ser criadas regras para utilização do bem. Exemplo é a utilização de uma praça pública, regras devem estipular quem pode ter acesso de cada vez para a realização de eventos.

A reserva do possível de caráter econômico não se confunde com a impossibilidade empírica *tout court*, mas com a impossibilidade técnica ou com a escassez. Impossibilidade técnica existe, por exemplo, quando se requer a distribuição geral e gratuita de um medicamento ainda em fase experimental. O remédio existe, mas não é produzido em escala industrial (está em fase experimental). Não é produzido porque não se sabem ainda os resultados de sua aplicação a todas as populações. Há escassez quando o nível de produção industrial, embora existente, não é suficiente para garantir a todos. (LOPES in SARLET, 2010, p. 162)

Como o orçamento público é uma peça política de definição de prioridades sujeitas às regras jurídicas procedimentais, a definição de escassez de recursos para determinada área de atuação do Governo é uma escolha política. A exceção são casos de definição de percentuais mínimos de aplicação como a educação e a saúde, já estatuídos pela Constituição.<sup>41</sup>

A questão é saber se é vetado ao judiciário decidir sobre orçamento público, mais especificamente sobre alocação de recursos para direitos sociais, sob alegação de que se trata de questão política. É a tese da separação de poderes e da discricionariedade administrativa.

Nesse sentido, cremos que não procede a alegação de juízo político, pois as escolhas dos administradores não podem superar mandamentos constitucionais, e lembrando que o Direito à Moradia como Direito Fundamental deve ser realizado de forma máxima, confirma-se a possibilidade de análise judicial dos requisitos do ato administrativo.

Lembramos que o Judiciário emite juízos políticos e os analisa, sendo o caso clássico da possibilidade de concessão de Suspensão de Segurança e Suspensão de Liminares contra a Fazenda Pública emitida pelo presidente dos Tribunais. É um caso típico de juízo político contras decisão judicial, e é aceito pela jurisprudência sem maiores problemas. Engraçado que contra a Fazenda Pública a construção jurisprudencial seja justamente o contrário, de não admitir controle judicial sobre juízos políticos. Apesar das diferenças, a incoerência é latente.

Por fim, as cláusulas potestativas como previstas no Direito Civil<sup>42</sup> vedam no negócio jurídico o puro arbítrio de uma das partes. No caso dos Direitos Sociais, o indivíduo ou mesmo uma coletividade, dificilmente efetivará o Direito à Moradia sem a participação do Estado, a sua recusa aqui permite uma intervenção do Judiciário, pelo menos para que explique, detalhadamente, os motivos de sua recusa em efetivar o direito.

---

<sup>41</sup> No caso da Educação são 25% dos impostos para Estados e Municípios e 18% para a União. No caso da Saúde, são 12% da cesta de impostos.

<sup>42</sup> Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Código Civil.

Porém, vale ressaltar que o orçamento público é escolha de prioridades. Com efeito, são três os momentos de confecção destas: o planoplurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual.

O Planoplurianual é a primeira das leis orçamentárias, confeccionada no primeiro ano de governo e válido por quatro anos, ou seja, válido durante o primeiro ano de gestão do governo seguinte. Define os objetivos, diretrizes, investimentos, programas e metas de governo. Apesar de seu caráter geral, é por meio das metas que podemos identificar as opções da gestão pública.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) é aprovada anualmente, ele estipula metas e prioridades para o ano seguinte. Além da definição das prioridades orçamentárias, a LDO deve conter eventuais alterações da legislação tributária<sup>43</sup>, autorização para contratação e concessão de vantagens aos servidores públicos, critérios e formas de limitação de empenho para orçamentos anuais, definição de condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas ou privadas.

A Lei orçamentária Anual (LOA) é o detalhamento, inclusive financeiro, dos programas e ações anuais. Contém a previsão de recursos para cada ação, as fontes dos recursos, etc. A análise desse ciclo orçamentário permite identificar as ações priorizadas.

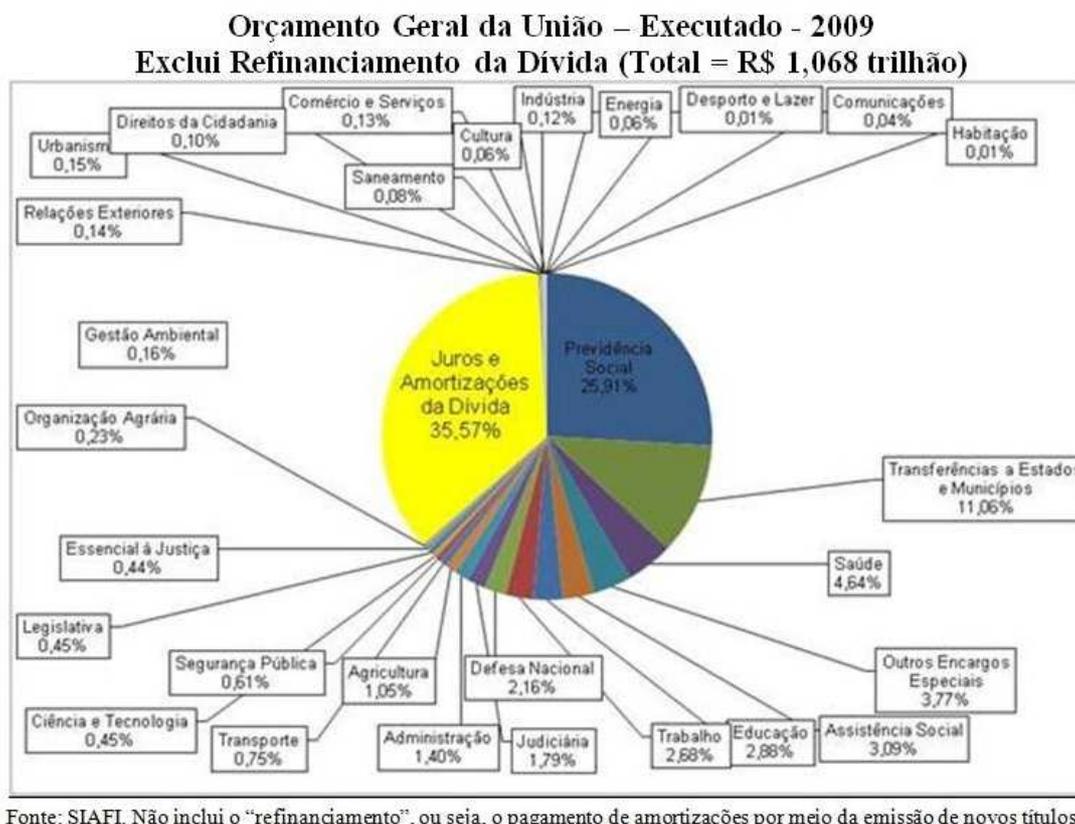
No Brasil, temos um histórico de modelo de estado adotado que é claramente liberal, não havendo, desde o início do Século XX um objetivo estatal de formação de um amplo parque de atendimento público em direitos sociais. Exemplo disso é a Educação, que destinada a um público seletivo antes da década de 80, quando, após a Constituição de 1988 torna-se dever do Estado, e aplicado a todos os indivíduos, passa por verdadeira crise de atendimento, existindo muitas matrículas e pouco parque escolar. O resultado foram, pelo país afora, as chamadas escolas de lata (em São Paulo) e os anexos escolares (em Fortaleza), prédios sem nenhuma condição de atendimento.

Dizemos então que a exigibilidade dos Direitos Sociais no país passa também pela histórica ausência do Estado nesse setor, e mesmo atualmente, apesar dos esforços de governos de coalisão classista como o do Partido dos Trabalhadores, não há esforços suficientes que determinem a constituição de um verdadeiro Estado Social ou de Bem Estar.

---

<sup>43</sup> Exceção de criação de tributo, que deve ser realizada mediante Lei Complementar.

A Rede Jubileu Sul, que congrega diversas entidades na análise dos investimentos públicos, produz documentos que demonstram que o investimento com os Direitos Sociais ainda é ínfimo, como o quadro abaixo demonstra<sup>44</sup>:



Percebemos pelo quadro acima, que retrata a execução do orçamento público federal em 2009, que a imensa maioria dos gastos (33,57%) são gastos com pagamento da dívida pública (interna e externa)<sup>45</sup>, enquanto que do total do orçamento, o gasto com Educação fica em 2,88%, Assistência Social 3,09%, Trabalho 2,68%, Agricultura 1,05%, Saúde, 4,64%, Urbanismo 0,15% e Habitação 0,01%.

Mesmo somando todas as áreas sociais, não chegamos ao nível de pagamento da dívida pública.

Lembramos que o custo do Direito à Moradia não se resume somente à construção de novos conjuntos habitacionais, mas também aos casos de possibilidade de regularização

<sup>44</sup> Disponível em: <http://www.jubileubrasil.org.br/>, acesso em: 10 dez 2011.

<sup>45</sup> Vale lembrar que a grande dívida brasileira é a interna, de pagamento de bancos e empresas, e não a externa, que recentemente foi saldada pelo governo Lula.

fundiária, com desapropriação do imóvel por parte do Poder Público e sua destinação à moradia popular, o que reduz, em muito, o gasto com a construção de um conjunto inteiro.

Resta então analisar as possibilidades de atuação do Judiciário nesse cenário, por demais complexo, mas com reais possibilidades de efetivação do Direito à Moradia.

## **5.5 Aspectos processuais das ações possessórias**

Os conflitos fundiários urbanos evidenciam-se, no Judiciário, através das ações possessórias, àquelas regidas pelo Capítulo V, pelos artigos 920 *usque* 927:

### **DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS**

#### **Seção I**

##### **Das Disposições Gerais**

Art. 920. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.

Art. 921. É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de:

I - condenação em perdas e danos;

II - cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho;

III - desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse.

Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

Art. 923. Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio. ([Redação dada pela Lei nº 6.820, de 16.9.1980](#))

Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

Art. 925. Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa.

#### **Seção II**

##### **Da Manutenção e da Reintegração de Posse**

Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.

Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

Art. 929. Julgada procedente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração.

Art. 930. Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subseqüentes, a citação do réu para contestar a ação.

Parágrafo único. Quando for ordenada a justificação prévia (art. 928), o prazo para contestar contar-se-á da intimação do despacho que deferir ou não a medida liminar.

Art. 931. Aplica-se, quanto ao mais, o procedimento ordinário.

### **Seção III Do Interdito Proibitório**

Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Art. 933. Aplica-se ao interdito proibitório o disposto na seção anterior. (BRASIL, 1973)

Três são as características que devemos ressaltar desses procedimentos: a) a fungibilidade das ações possessórias; b) a comprovação de posse; c) o papel do juiz nos conflitos fundiários.

Primeiramente é de se destacar que as ações possessórias são fungíveis entre si, podendo o juiz aplicar a proteção possessória diversa da requerida, bem como inverter a proteção. É a lógica dos artigos 920 e 922.

Ingressando o autor com uma reintegração de posse e percebendo o juiz que deveria tratar-se de manutenção de posse, pode esta última ordem ser deferida. Assim como alegando o autor posse, mas percebendo o juiz que o réu é que está sofrendo turbação ou esbulho, pode inverter a proteção, concedendo-a a este último. São as chamadas ações dúplices. A vantagem é a dispensa de reconvenção.

Rosenvald discorre sobre a exceção que o art. 920 do Código de Processo Civil traz em relação ao princípio da adstrição ou congruência da sentença aos fundamentos formulados na inicial (arts. 128 e 460 do CPC).

Todavia, o art. 920 do Código de Processo Civil excepcionou o princípio da correlação, autorizando a conversão de uma ação possessória em outra, em duas situações: quando a petição inicial equivocadamente descrever a agressão à posse e

quando a agressão originária intensificar-se no urso da demanda. (ROSENVALD, 2007, p. 142).

No caso das ações de manutenção e reintegração de posse, deve o autor comprovar a posse. Nosso Código Civil, adotando a mesma linha do Código anterior de 1916, filia-se à teoria objetiva da Posse de Ihering, pela qual “A posse seria o poder de fato e a propriedade o poder de direito sobre a coisa” (ROSENVALD, 2007, p. 31).

Porém, o mesmo autor alerta:

Será possível observar adiante que, nos dias atuais, as teorias de Savigny e Ihering não são mais capazes de explicar o fenômeno possessório à luz de uma teoria material dos direitos fundamentais. Mostram-se envelhecidas e dissonantes da realidade social presente. Surgiram ambas em momento histórico no qual o fundamental era a apropriação de bens sob a lógica do ter em detrimento do ser. Ambas as teorias se conciliavam com a lógica do positivismo jurídico, na qual a posse se confina no direito privado como uma construção científica, exteriorizada em um conjunto de regras semânticas. (ROSENVALD, 2007, p. 34).

A posse, entendida como poder de fato, deve ser comprovada. A posse é fato independente da propriedade, devendo ser protegida. O autor da ação possessória deve comprovar o exercício da posse. Títulos de propriedade, a existência de um muro ou cerca não são documentos hábeis para a comprovação do requisito do artigo 927 do Código de Processo Civil.

Importante ressaltar que a propriedade deve cumprir função social, não havendo demonstração deste porte, descabe falar em oponibilidade *erga omnes* da propriedade.

Em verdade, tutela-se a posse como direito especial, pela própria relevância do direito de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF – EC nº 26/2001), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, III, da CF). a oponibilidade *erga omnes* da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas doa tributo extrapatrimonial da proteção da moradia como local e resguardo da privacidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e da entidade familiar. (ROSENVALD, 2007, p. 40).

Os dois elementos acima elencados são primordiais para a fundamentação de qualquer decisão em ações possessórias. Salientamos que o não atendimento da comprovação de posse conforme o art. 927 leva à extinção do processo sem julgamento de mérito.

Além disso, podemos ainda elencar, juntamente com a possibilidade de defesa, nas ações possessórias com o usucapião, os casos de **Desapropriação Judicial Indireta**, instituto previsto no Código Civil, art. 1228:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (BRASIL, 2002).

Aqui percebemos que é o caso de, na resolução de conflitos fundiários judicializados através de ações possessórias, o juiz identificar se é caso de aplicação do § 4º do art. 1228 do Código Civil, revelando mais uma forma de proteção da posse em detrimento do mau proprietário, em débito com o cumprimento da função social.

### **5.6 O Papel do juiz na resolução dos conflitos fundiários**

O Poder Judiciário vem, cada vez mais, sendo chamado a se pronunciar sobre os chamados conflitos coletivos, principalmente envolvendo direitos sociais. Das demandas ambientais, consumerista até a intervenção direta sobre as políticas públicas. Na contramão dessa dinâmica, o Judiciário continua com um perfil institucional privatista, priorizando em sua lógica de atuação a tradição individualista do processo civil, quedando-se infenso às alternativas de resolução de conflitos coletivos, como a conciliação.

Essa ampliação das demandas sociais levadas ao Judiciário é consequência direta da busca pela efetivação da Constituição de 1988, ávida em estatuir no texto maior os direitos sociais, que, na maioria dos casos, demandam uma série de esforços do Estado para se concretizarem, já que consistem em prestações positivas, com alocação e planejamento de recursos.

O Judiciário, a partir das reivindicações de direito da década de 90, vem sofrendo problemas para lidar com demandas coletivas, que, segundo José Eduardo Faria, decorrem de dois fatores:

a) O crescente número de normas programáticas e normas de organização editadas com o propósito de impor ao Executivo obrigações inéditas em matéria de políticas públicas e de lhe conceder amplos poderes de decisão, regulamentação e delegação para formulá-las e executá-las; resultante da progressiva transformação do Estado liberal num Estado-providência, de caráter predominantemente administrativo, a expansão dessas normas modifica a organicidade lógico-formal do sistema jurídico brasileiro, na medida em que muitas delas limitam-se a indicar certas finalidades ou objetivos, deixando a especificação, a regulamentação e a concretização aos diferentes órgãos do Executivo; b) a crescente complexidade das novas matérias reguladas por textos legais cujos dispositivos, inter cruzando-se e formando inúmeras “cadeias normativas”, obrigam o Judiciário a interpretá-las e aplicá-las de modo “constutivo”. (FARIA, 2005, p. 62)

A relação dos movimentos populares com o Judiciário também impacta a forma como o Judiciário analisa as demandas sociais, Segundo Faria:

O papel do Judiciário tornou-se, no Brasil contemporâneo, objeto de intensa polêmica. Primeiro, porque os tribunais passaram a ser cada vez mais demandados em temas de natureza tributária, reduzindo significativamente a capacidade de ação do Poder Executivo em matéria de política econômica. Segundo, porque os tribunais passaram a ser crescentemente procurados pelos diferentes movimentos populares, que se apropriaram política e discursivamente dos direitos humanos com o propósito de utilizá-los

judicialmente como sinônimos de direito às maiorias marginalizadas. Terceiro, porque a própria magistratura cindiu-se ideologicamente, com a maioria dos juízes mantendo uma postura interpretativa tradicional, de caráter basicamente exegético, enquanto uma expressiva minoria optou por uma hermenêutica heterodoxa, ou seja, crítica, politizada e com grande sensibilidade social. (FARIA, 2005, p. 11).

O papel do juiz pós Constituição de 1988 está diretamente ligado às discussões sobre o fortalecimento da democracia em nosso país. Teremos como foco, neste momento do trabalho<sup>46</sup>, as possibilidades do juiz ao decidir os casos de conflitos fundiários, com base na proteção possessória às ocupações, ao status constitucional de norma de direito fundamental do direito à moradia, e da aplicabilidade da função social da propriedade como elemento do direito de propriedade.

Inicialmente compreendemos que o juiz, pode, diante da consideração de que o conflito fundiário urbano tem interesse público, albergado na normativa internacional de proteção aos direitos humanos e prevenção de despejos, intimar Município e Estado para compor a lide, inquirindo-os do desejo, por exemplo, de aquisição do imóvel para fins de moradia, oportunidade em que se pode chegar a uma mediação do conflito.

Pode também observar se é o caso de reconhecimento da usucapião, concessão especial de uso para fins de moradia ou de aplicação da desapropriação judicial indireta (art. 1228, § 4º do Código Civil), dependendo do atendimento dos requisitos dos réus da ação possessória neste caso.

Ainda, percebendo que não há comprovação de posse, pode extinguir o processo sem julgamento de mérito.

Vale ressaltar ainda que o processo deve ser instrumento para a garantia do direito material requerido, de forma que, evidenciando o juiz que a resolução do conflito via liminar de reintegração de posse causará grave tormento social, como a constituição de famílias na condição de sem teto, com violações de direitos fundamentais de crianças, adolescentes, adultos e idosos, deve decidir o caso da forma que melhor adequa-se à garantia da dignidade humana.

Difícilmente teremos um conflito fundiário, que envolve um grande número de famílias, ocorrerá o clássico tipo de esbulho ou turbação como prevê o Direito Civil, de natureza individualista e privatista.

Salientamos que os conflitos fundiários são definidos pelo Ministério das Cidades como

Disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos

---

<sup>46</sup> As relações entre Direito e Política, e mais especificamente sobre o poder Judiciário serão desenvolvidas com mais aprofundamento em momento posterior.

sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade. (BRASIL, 2010)

Dessa forma, a decisão judicial deve priorizar a garantia da dignidade humana, dentro da colisão entre os direitos fundamentais à propriedade e à moradia. É a solução do sopesamento, que deve sempre realizar-se na análise do caso concreto, que Alexy indica, conforme demonstrado anteriormente.

Garantir a moradia adequada passa a ser um dever na resolução de casos de conflitos fundiários, devendo o juiz utilizar de todos os meios possíveis para a busca desse resultado, pois:

Há de rememorar-se que, na colisão entre direitos fundamentais sociais e individuais, a preferência recairá sobre a tutela da situação fática do possuidor quando o abandono da propriedade pelo seu titular desencadear o surgimento do direito de moradia. Enquanto que o direito à moradia filia-se entre os direitos sociais, a garantia à propriedade é um direito individual que deverá ceder quando o seu titular quedar-se inerte em conceder-lhe função social, a ponto de suprimir a sua legitimidade e permitir que outra entidade familiar supra a função social, mediante a moradia. (ROSENVALD, 2007, p. 50)

Percebemos que o Magistrado tem um leque de possibilidades de aplicação de mecanismos jurídicos na resolução de conflitos fundiários. Desde a negação da ação reintegratória por ausência de comprovação de posse pelo proprietário, até aplicação de mecanismos como a desapropriação judicial ou o reconhecimento da área como ZEIS, usucapião ou Concessão de Uso Especial. Tal análise realizada pelo magistrado é fundamental para a solução pacífica do conflito, que não pode ser tratado como relação jurídica em abstrato (posse e propriedade) e sim como uma demanda que o Estado deve proteger mediante a garantia do Direito de Propriedade. Reiteramos que qualquer ponderação de valores em casos de conflitos fundiários aqui mencionados deve ter em consideração o conjunto de possibilidades jurídicas para o caso, sendo o despejo, a solução drástica, que deve ser evitada ser utilizada de primeira mão.

## 6 IDEOLOGIA JURÍDICA E CONFLITOS FUNDIÁRIOS: ANÁLISE DE SENTENÇAS JUDICIAIS EM FORTALEZA-CE

A ideologia jurídica permeia toda atividade jurisdicional do Direito. Com as sentenças não é diferente. Podemos identificar no ato de julgar diversos fatores que influenciam o julgamento.

Investigaremos aqui casos do Judiciário cearense oriundos de denúncias realizadas na Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do estado do Ceará, e acompanhadas judicialmente pelo Escritório de Direitos Humanos e Assessoria Jurídica Popular Frei Tito de Alencar - EFTA<sup>47</sup>, que, com doze anos de atuação, é a grande referência no Estado do Ceará, e experiência singular no Brasil<sup>48</sup>

Priorizamos, dentre os diversos casos de conflitos fundiários do EFTA, aqueles que tenham as seguintes características: conflitos de grandes proporções<sup>49</sup>; coordenados ou articulados por movimentos sociais ou populares; com decisões judiciais de primeira ou segunda instância, interlocutórias ou definitivas.

Nesse sentido, será possível, a partir da análise das sentenças, detalhar os impactos do estudado em capítulos anteriores: a influência de aspectos ideológicos no julgamento; a ausência de adoção, pelo Judiciário, de uma leitura de direitos fundamentais que priorize o direito social à moradia.

As sentenças judiciais são motivadas por diversos elementos, segundo Portanova: “Podem-se distinguir três planos de motivações: probatório, pessoal e ideológico. São motivações que se ligam e se influenciam mutuamente.” (PORTANOVA, 2003, p.15).

Consideramos a motivação ideológica como o conjunto de saberes, representações que molda uma determinada visão de mundo. Aqui nosso interesse será nos elementos que determinam a percepção do Direito à Moradia em conflito com o Direito à propriedade com

---

<sup>47</sup> Daqui em diante adotaremos a sigla EFTA para nos referirmos ao Escritório.

<sup>48</sup> Singular pois é um serviço judicial estatal em defesa de direitos dos movimentos sociais e populares. Difere-se da Defensoria Pública pelo perfil adotado de Assessoria Jurídica Popular e priorização de casos coletivos e difusos, ou casos exemplares de violação de direitos humanos.

<sup>49</sup> Com número maior ou igual a, no mínimo, 60 famílias envolvidas.

uma visão de mundo que busca a reprodução do sistema capitalista de produção e suas desigualdades econômicas e sociais, além da concentração de riqueza.

Consideramos que a ideologia dominante (portanto, capitalista) é determinante da visão de mundo patrimonialista, individualista que permeia decisões envolvendo o direito à moradia, pois, todos os demais aparelhos ideológicos (escola, família, igreja, etc) acabam por reforçar a ideologia do sistema do capital. Então, por mais que o magistrado não seja um “capitalista” declarado, sua visão de mundo está permeada pelos elementos que construíram sua visão de mundo ao longo de sua vida.

A sentença, como elemento de efetivação do direito, é muito mais do que meramente aplicar a lei, e no Brasil, atualmente, ganha relevo frente ao novo papel que o Judiciário assume pós Constituição de 1988.

Hoje, talvez como nunca no Brasil, o Poder Judiciário tem sido o espaço de luta de movimentos sociais e populares emergentes que, reintroduzindo o Direito no interior das relações sociais, buscam na via jurisdicional “a formulação de uma vontade coletiva” – isto é, a produção de um novo sentido de ordem. (FARIA apud PORTANOVA, 2003, p. 18)

A análise dos casos de conflitos fundiários em Fortaleza nos permitirá verificar a ocorrência desta visão de mundo comprometida com os interesses dominantes frente às garantias processuais e aos conflitos de direito fundamental apresentados nos casos. Antes, porém, é importante tecer algumas considerações sobre a visão de mundo do Escritório Frei Tito de Alencar, que atua na defesa de comunidades e movimentos sociais em conflito com proprietários (muitas vezes, o Estado ou o Município) a partir de uma conduta profissional ativista, fundamentada no marco do direito crítico, nomeada de Assessoria Jurídica Popular.

### **6.1 Advocacia Popular em prol do Direito à Moradia: a experiência do Escritório de Direitos Humanos e Assessoria Jurídica Popular Frei Tito De Alencar**

O Escritório de Direitos Humanos e Assessoria Jurídica Popular Frei Tito de Alencar, vinculado à Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa, originou-se, em junho de 2000, de convênio celebrado entre a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a Universidade Federal do Ceará e, através de aditivo, a Universidade de Fortaleza.

O Escritório tem por objetivo prestar Assessoria Jurídica Popular às comunidades marginalizadas do Estado do Ceará. O Escritório atua na defesa de demandas coletivas ou individuais (que devido à sua relevância tenham repercussão coletiva), judicial ou extrajudicialmente, em casos de violações a Direitos Humanos, acompanhadas e ajuizadas,

conforme o caso, pelos advogados com o apoio de estagiários. O objetivo é zelar principalmente pelo cumprimento das garantias e dos princípios fundamentais adotados no nosso ordenamento jurídico em normas consignadas nas Declarações Internacionais e positivadas na Constituição Federal de 1988 e em normas infraconstitucionais.

Os trabalhos do Escritório Frei Tito incluem tanto o acompanhamento direto de causas coletivas ou individuais de grande repercussão referentes a violações de Direitos humanos, como esclarecimentos sobre quaisquer direitos às pessoas atendidas, além do encaminhamento de representação ao Ministério Público e de requerimento aos órgãos competentes e às entidades especializadas nos casos que fogem ao objeto de atuação do Escritório, sempre procurando manter parcerias e contatos com outras entidades que contribuam para a solução dos conflitos e para a efetivação do respeito aos Direitos Humanos.

### ***6.1.1 Embasamentos Teóricos da Assessoria Jurídica Popular e suas Raízes no Brasil***

O Escritório de Direitos Humanos e Assessoria Jurídica Popular Frei Tito de Alencar (EFTA) insere-se dentro do espectro das organizações de defesa dos direitos humanos e de assessoria jurídica popular. Tem o diferencial de ser um serviço público, vinculado à Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, apesar de ser criado e mantido pela incessante vontade política de advogados(as) populares, movimentos sociais, ativistas de direitos humanos, etc. É preciso então conceituarmos a Assessoria Jurídica Popular e o trabalho junto aos movimentos de luta por direitos.

Entendemos a Assessoria Jurídica Popular como um trabalho que busca a emancipação social, através da intervenção judicial e da educação popular. Destina-se ao povo, entendido como aquela parcela da população oprimida pela relação de dominação classista, racista, homofóbica e geracional de nossa sociedade. A Assessoria Jurídica Popular – ramo que pertence a Advocacia Popular – exige uma nítida postura política do profissional do direito, uma escolha por àqueles que sofrem com as desigualdades sociais na sociedade brasileira.

Quanto ao estudo das atuações no âmbito jurídico, Celso Fernandes Campilongo comenta que não podemos desvincular a ação e a atuação de um profissional de suas concepções políticas e, no caso, jurídicas, estas consolidadas num dado momento histórico. Sobre isso, afirma:

Os profissionais do direito mantêm com a teoria jurídica uma relação muito peculiar. Por isso, examinar as profissões jurídicas significa, simultaneamente, esclarecer como os juristas encaram o direito e sua função social. Não há como separar práxis jurídica da concepção de direito dos advogados. (CAMPILONGO, 2000, p. 77)

De acordo com a perspectiva, o Direito pode ser interpretado de várias formas, pode ter vários significados. Pode ser visto apenas como norma ou lei, como regulador social, como instrumento pacificador ou mantedor da ordem social, ou até mesmo como todos esses elementos juntos, entre outros.

Quanto ao papel do Direito em nossa sociedade, Wolkmer, afirma: “Toda estrutura jurídica reproduz o jogo de forças sociais e políticas, bem como os valores morais e culturais de uma dada organização social” (WOLKMER, 2003). A estrutura jurídica está diretamente relacionada à estrutura política e social de uma Sociedade. O jogo de forças sociais, políticas e econômicas que “regem” a sociedade demonstram seus interesses latentes na positivação do Direito.

Ao observar a questão sob um viés oriundo do pensamento marxista, incorporando ao estudo da história e das instituições, a luta entre classes oprimidas e classes opressoras, observamos o claro pensamento de que o Direito serve, inegavelmente, aos interesses de classes dominantes. Para alguns, a luta por emancipação humana não poderia ocorrer através do Direito, posto que este é intrínseco à estrutura de dominação classista da sociedade burguesa. O Direito, portanto, cumpriria um papel definido na sociedade do qual não poderia extrapolar, correspondendo às outras relações de força que mantém a sociedade. A mera tentativa de usar o Direito buscando uma emancipação social traria em si duas conseqüências práticas, segundo analisa Eliane Botelho Junqueira: reforço da lógica de dominação da classe burguesa através dos meios jurídicos ou, no máximo, uma denúncia das contradições legais burguesas. (JUNQUEIRA, 2001).

No mesmo sentido vemos o pensamento de Moncayo, que entende o Direito como uma das dimensões da dominação capitalista. Crê estarem as condições econômicas que obrigam o trabalhador, oprimido, a vender sua força de trabalho como mercadoria, vinculadas diretamente às condições chamadas de superestruturais, e entre elas está o Direito. Não vendo como o Direito pode apresentar-se de forma a contribuir com a emancipação social, comenta:

[...] as chamadas ‘conquistas’ evidentemente podem encontrar-se no conteúdo normativo do Direito em certo momento histórico, mas não quer dizer que o Direito como forma social de dominação tenha sido derrotado. Pelo contrário, tais ‘conquistas’ são sempre meios de incorporar as lutas à ordem, cooptar a radicalidade, o antagonismo. (MOCAYO, 1996, p. 237).

O que vemos de forma generalizada é que as forças dominantes presentes em todas as relações do Estado vêm produzindo um Direito que, historicamente, não reconhece os

conflitos sociais e tenta dispersá-los seja na “solução” individual desses conflitos, seja em sua neutralização ou em sua exclusão.

Essa dispersão dos conflitos sociais consolida a exclusão das minorias políticas em segmentos, que por sua vez começam a criar um conhecimento diferente do hegemônico, seu próprio Direito que vai além do Estado posto, num pluralismo jurídico. Observamos isso ao analisar favelas ou comunidades indígenas que manifestam um Direito fruto das relações sociais, incompreensível fora destas, influenciado pela política, moral, religião, cultura etc. Esse pluralismo jurídico propicia o contra-discurso jurídico.

Wolkmer, ao comentar esse Direito que surge de segmentos excluídos da sociedade, estabelece critérios que limitam o reconhecimento da eficácia desses direitos, observando sempre o respeito à vida humana e valores éticos mínimos. Assim, exclui-se de apreciação:

[...] aqueles movimentos sociais não identificados com as ações civis e políticas justas, e com o interesse do povo excluído, oprimido e espoliado, bem como aqueles grupos associativos voluntários que não questionam a ordem injusta e a estrutura de dominação. (WOLKMER, 2003, p. 232).

A prática e os princípios da Assessoria Jurídica Popular dialogam próximo a essas concepções do Direito, refletindo sobre o papel de reconstruir e pressionar o campo jurídico como espaço político, como lugar de cidadania. É uma busca profissional prático-teórica de libertação da opressão e satisfação de necessidades existenciais mínimas.

É possível notar, então, um conhecimento jurídico pautado no Estado e na Lei por excelência, considerando-os neutros, e outro conhecimento jurídico pautado pelas relações sociais e admitindo-as, reivindicando transformações que vão além do Estado e além das Leis, formando assim, pouco a pouco, um novo Direito. Constrói-se toda uma nova cultura de reivindicação através da insurgência. O pluralismo jurídico traz uma nova legitimidade àqueles que lutam pela efetivação de direitos, sejam reconhecidos ou não, sejam os amparados apenas por princípios constitucionais. Tem como fonte válida de juridicidade valores e práticas até então não reconhecidas pelo monismo jurídico.

Tendo em vista esses conhecimentos jurídicos, Arruda Júnior sistematiza três âmbitos das práticas jurídicas emancipatórias, baseadas em direitos plurais insurgentes: a legalidade sonogada, a legalidade relida e a legalidade negada. (ARRUDA JÚNIOR, 1997, p. 68)

O âmbito da legalidade sonogada diz respeito ao aspecto mais imediato do Direito: observar as normas já positivadas e presentes em nosso ordenamento jurídico, mas que nitidamente carecem de concreta efetivação, como exemplo grande parte dos direitos

fundamentais constitucionalmente garantidos. Aqui entra a luta constante pela efetivação imediata dos princípios constitucionais, seguindo a linha de pensamento neo-constitucional.

O âmbito da legalidade relida traz à tona avanços normativos materiais percebidos na legalidade burguesa como também aspectos contraditórios de seu discurso. A proposta é reler o Direito dentro da legalidade, mas para além dela.

É nesse âmbito que se dá o maior diálogo entre o Direito e os atores da sociedade civil, em especial os Movimentos Sociais. É ele que mostra a luta por princípios e direitos fundamentais por fora do Estado, e a legítima.

Os assessores jurídicos populares parecem ter duas alternativas de atuação: uma atuação dada fora do Estado, pautada na autogestão e na democracia direta, assemelhando-se ao conceito de legalidade negada; e outra que pretende construir no interior do Estado um processo democrático de satisfação das necessidades fundamentais, como numa legalidade sonegada e relida.

O interessante para o sucesso mesmo ideológico desse trabalho é que ele se faça das duas formas, em conjunto. Se for apenas por fora do Estado, tende-se a perder “destreza e habilidade próprias dessa prática legal” que são vistas na forma com que os Assessores Jurídicos Populares manuseiam a legalidade vigente e visualizam brechas ou resquícios jurídicos que lhes dão subsídios para produzir juridicamente a favor do povo. Basta ter em mente alguns meios de uso alternativo do Direito, expressos em quatro pressupostos:

- a) **Uma idéia finalista**, entendendo o direito como meio de satisfação de necessidades fundamentais; b) Uma **concepção historicista**, na qual o direito só pode ser visto a partir das formas reais e históricas de vida e costumes, ampliando a noção fechada das fontes jurídicas; c) **A desmistificação do direito**, afrontando a concepção formalista e legalista, subordinando o mundo normativo ao mundo social, de forma a acentuar legitimidade; e d) **Uma necessária orientação teórico-metodológica** que seja capaz de criticar e constantemente reformular o sistema jurídico, visando sempre à satisfação das necessidades coletivas fundamentais. (RIBAS, 2006, p. 132). (grifo nosso).

A Assessoria Jurídica Popular, pelo menos na América Latina e no Brasil, tem origens nas resistências às ditaduras que assolaram o continente na segunda metade do Século XX. Importante papel nesse período cumpriu o Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), de Bogotá, Colômbia. Articulado advogados e professores universitários na América Latina, Europa e Estados Unidos, o ILSA desenvolveu um trabalho acerca do que se chamou serviços legais alternativos, inclusive com interlocução com a Critical Legal Studies e a Cause Lawyering (expressões utilizadas por pesquisadores norteamericanos).

No Brasil, o desenvolvimento de práticas de Assessoria Jurídica Popular, deu-se por conta da resistência ao período ditatorial, através do serviço jurídico prestado aos presos políticos, aos movimentos pacíficos e armados de resistência à ditadura de 1964. Foi forte a articulação de advogados militantes com o movimento religioso, e organizações não-governamentais. Com a redemocratização e o surgimento dos Sindicatos, e as lutas de massas do início dos anos 80, constitui-se uma geração de advogados comprometidos com a luta sindical:

É exatamente o caso de dois grupos analisados nesse trabalho: o *Instituto Apoio Jurídico Popular* (AJUP), que existiu de 1985 a 2002, do Rio de Janeiro, e a *Acesso -Cidadania e Direitos Humanos (Acesso)*, criada por volta de 1985 e que atua até hoje, de Porto Alegre. Alguns advogados fundadores do AJUP, como Miguel Pressburger e Miguel Baldéz, estiveram ligados durante o período militar a diferentes movimentos, no Partido Comunista e em outras organizações clandestinas. No período da democratização, tiveram participação ativa nas oposições sindicais, inclusive a partir de partidos políticos (como o Partido Democrático Trabalhista-PDT), assim como na atuação em cargos públicos (como a Procuradoria dos Estados), e a colaboração com movimentos populares do campo e da cidade. O advogado Jacques Alfonsin tem uma ligação forte com as pastorais católicas, sempre militou em movimentos pacíficos, inclusive no período militar, atua no apoio a movimentos populares que reivindicam moradia e terra, principalmente movimentos de ocupação urbana e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). (RIBAS. 2006, p. 132).

Nessas perspectivas insere-se a prática da Assessoria Jurídica Popular ou da Advocacia Popular como um todo. As práticas arbitrárias e as violações a direitos fundamentais ocorridas durante toda a história, e legitimadas pelo Direito, motivaram a atuação de assessores jurídicos junto a movimentos populares, religiosos, de educação popular ou mesmo ONGs, bastante visíveis na década de 70, no contexto da ditadura militar. Neste os advogados juristas tinham a tarefa de:

[...] verdadeiramente ‘inventar’ formas jurídicas que minimamente e em certas circunstâncias tivessem eficácia. Essa prática, dentre outras, teve o efeito de romper com a própria rigidez do dogmatismo positivista e formalista com que aqueles defensores dos direitos humanos vinham impregnados desde seus cursos escolares. (RIBAS. 2006, p. 132).

Na década de 80, o cenário político do país deu espaço à organização popular, aos movimentos sindicais mais atuantes, fortalecendo a militância e a assessoria jurídica popular. Percebe-se a criação de um novo Direito a partir do pluralismo jurídico ao analisar algumas conquistas de movimentos sociais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, leis que regulamentam a Reforma Agrária a favor dos assentados e dos movimentos populares que lutam por terra no meio agrário e, principalmente, a própria Constituição Federal de 1988 que carrega vários frutos de lutas e pressões políticas e sociais. É uma atuação que busca a

efetivação de direitos humanos e de princípios fundamentais e reivindica a normatização de direitos que se somam ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Ribas,

Uma das primeiras experiências surgidas no Brasil foi o Instituto Apoio Jurídico Popular, do Rio de Janeiro.<sup>78</sup> Dedicavam-se ao que se convencionou chamar de “serviços legais inovadores”, que representam uma prática jurídica voltada para proporcionar instrumentos oficiais e não oficiais do direito para efetivação do acesso à justiça. Também, alguns grupos trabalhavam com formação jurídica de grupos populares, como por exemplo, o programa “juristas leigos” da Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais da Bahia (AATR), que oferecia oficinas de educação popular para lideranças atuarem na resolução de conflitos e como multiplicadores dos debates.

(...)

Esse conceito de serviços legais inovadores pode enquadrar ainda a prática do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (Gajop), de Recife, com nomes como Melillo Diniz; a Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais (AATR), em Salvador, e muitas outras experiências de advogados populares no mesmo período (desde a década de 1970 e 1980). Destaca-se a criação, na década de 1990, da Rede Nacional de Advogados e

Advogadas Populares (Renaap), para articular o apoio jurídico a grupos e movimentos populares em todo país. Uma das mais destacadas entidades de advocacia popular brasileiras é a **Acesso** - Cidadania e Direitos Humanos, de Porto Alegre, RS e, ainda, o escritório Terra de Direitos, em Curitiba, PR, e muitas outras cidades do país.

Assim, podem-se delimitar os espaços de militância de cada um dos três modelos de prática de assessoria jurídica popular, amplamente considerada, vistos até aqui:

\* *advocacia popular* – prática jurídica insurgente desenvolvida por advogados na representação judicial de grupos e movimentos populares. Não se limita à assistência jurídica tradicional, mas trabalha com a assessoria jurídica popular, voltada para um trabalho comunitário e lutas coletivas por direitos, vinculada a expressões como serviços jurídicos inovadores, alternativos, insurgentes, etc. Como exemplo pode-se citar o AJUP, Gajop, AATR, **Acesso**, Terra de Direitos, Renaap, e o ILSA. A maioria dos grupos trabalha também com atividades de educação popular, como é o caso da Themis com “Promotoras Legais Populares”, e a AATR, AJUP e Gajop, com os “Juristas Leigos”.<sup>50</sup>

Podemos destacar o surgimento da ANAP – Associação Nacional de Advogados Populares e do IAJUP – Instituto de Apoio Jurídico Popular, como articulações que envolviam os advogados populares, porém, foi a RENAP - Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares que se consolidou nesse campo. Surgida em 1995 em São Paulo, em um encontro com 62 pessoas, a RENAP congrega hoje diversos advogados e advogadas populares, espalhados no país. Desde 1999 realiza formação jurídica e política de seus integrantes. É

<sup>50</sup> RIBAS. Op. Cit. P. 155.

organizada em Estados, com reuniões periódicas, e realiza encontros nacionais e publicação de revistas, como forma de divulgar o trabalho realizado.

Segundo Alfonsin,

A RENAP é procurada por pessoas pobres que sofrem de três necessidades vitais, as quais se não forem efetivamente satisfeitas, comprometem gravemente o reconhecimento de sua própria dignidade pessoal. Tais necessidades são as de ter, de poder e de ser que, como se sabe – ironia à parte – procuram satisfação jurídica, mal ou bem, nas três principais ordens da Constituição Federal, a Econômica, a Política e a Social. (ALFONSIN, 2005, p. 84)

A Assessoria Jurídica Popular é uma das principais formas de articular saberes em prol da concretização prática de idéias basilares do pluralismo jurídico, buscando a emancipação social, política e econômica das minorias políticas às quais é direcionado esse trabalho. Ele se dá através da aproximação com os movimentos sociais, de práticas alternativas, não formais, de solução de conflito além de, principalmente, firmar um contato real e efetivo com essas minorias políticas, com as classes oprimidas, percebendo sua linguagem própria, sua cultura, quebrando com a distância das anteriores práticas sociais comunitárias.

A necessidade de um contato e de um trabalho direto com esses grupos marginalizados é clara, posto que são os destinatários da opressão e dos direitos negados, e se vê atendida nas experiências latino-americanas de serviços legais populares, diferente dos vistos na Europa, pela própria diferença no cenário capitalista dos dois locais.

Aí se dá o direito comunitário participativo, desmistificando o direito burocrático e oficial para dar espaço à organização popular, princípio básico da atuação na Assessoria Jurídica Popular. Chama-se popular não referido ao público a que se direcionam tais trabalhos, não para definir quem são os destinatários, mas chama-se popular por uma escolha política de trabalhar com a alteridade e de reconhecer e lutar pela dignidade e humanidade diariamente feridas das classes dominadas. Acredita que a solução desses conflitos não se dá nem pelo ordenamento jurídico por si só nem pelas assessorias, mas pela organização popular politicamente consciente dos oprimidos.

Segundo Ribas, a Assessoria Jurídica Popular consiste:

A assessoria jurídica popular, amplamente concebida, consiste no trabalho desenvolvido por advogados populares, estudantes, educadores, militantes dos direitos humanos em geral, entre outros; de assistência, orientação jurídica e/ou educação popular com movimentos sociais; com o objetivo de viabilizar um diálogo sobre os principais problemas enfrentados pelo povo para a realização de direitos fundamentais para uma vida com dignidade, e a sua efetivação; seja por meio dos mecanismos oficiais, institucionais, jurídicos, extrajurídicos, políticos, ou por meio da conscientização. (RIBAS, 2006, p.91)

Tal prática teve grande desenvolvimento após a democratização, principalmente por que o Estado continuou como grande violador de direitos humanos, pela compreensão de que o conceito de direitos humanos engloba inúmeras necessidades humanas, além das pleiteadas pelo movimento durante a ditadura, por conta do preconceito de classe do Estado no uso de seu poder repressivo policial, e a segregação do povo pobre pelo aprofundamento do Neoliberalismo, o que acarretou perda de qualidade de vida por parte da população, como exemplo a desregulamentação do Direito ao Trabalho, existindo hoje no Brasil um grande número de trabalhadores informais.

### ***6.1.2 O papel desempenhado pelo EFTA nos casos de conflitos fundiários***

Após o rápido percurso teórico acerca da Assessoria Jurídica Popular é importante destacarmos, com foco no Escritório Frei Tito, as peculiaridades da prática da advocacia popular, com destaque para a sua conduta profissional.

As atividades desenvolvidas pelo Escritório Frei Tito revelam uma prática social diferenciada, voltada para defesa de Direitos Humanos, e, portanto, comprometida com a dignidade da pessoa humana, porém, identificada com a população organizada em busca de Justiça Social. A tônica do trabalho desenvolvido é justamente uma identidade profissional que busca a emancipação humana das formas de dominação e opressão (econômica, patriarcal, machista, homofóbica, geracional, racista, etc.). Disso resulta uma profunda vinculação do Escritório Frei Tito com a população em luta por direitos, e conseqüentemente resulta em uma prática advocatícia diferenciada.

Primeiramente busca superar o saber-poder, a suposta pretensão de que o saber científico é superior ao saber popular. Dialoga-se com os sujeitos de direitos em uma relação de troca de saberes: um, específico, técnico e político sobre o ordenamento jurídico e as ferramentas que podem ser utilizadas para a efetivação de direitos; outro o popular, que identifica as mazelas sociais e a forma do povo em lidar com sua sobrevivência cotidiana e, em muitos casos, a transforma em resistência ao modelo social vigente e sua sociabilidade baseada no consumo e na individualidade.

Dessa forma, não há alienação do assessorado ao assessor, o grupo organizado simplesmente não entrega nas mãos do “advogado” a sua causa, esperando que o “Doutô” resolva. Há uma interação comunicativa entre funções a serem desempenhadas na luta por direitos, e qual papel o advogado popular pode cumprir, inclusive alterando a máxima de que o detentor da verdade é o advogado. O seu saber é dialogado com os assessorados, numa

discussão conjunta da opção jurídico-político a ser tomada. Obviamente, não se trata aqui de discutir se o melhor caminho é um embargo de declaração ou apelação. Não! Trata-se de debater dialogicamente com os grupos assessorados que função a estratégia judicial irá cumprir, que outras estratégias podem a ela ser agregadas, como fortalecer um processo de mobilização por direitos, etc.

Um segundo elemento é a valorização da voz e autonomia do grupo assessorado. O advogado não assume o papel de representação política daqueles a quem se assessora. Valoriza-se e instiga-se o papel político que pode ser desempenhado por aqueles que se colocam na marcha pela luta por direitos. Não substituir o movimento social coloca-se como uma prática profissional que valoriza e respeita a autonomia dos grupos assessorados, identificando a importância do processo de organização popular por direitos e por Justiça Social. A crença na organização do povo como forma de efetivação de direitos resulta em um novo olhar sobre as demandas populares, não como uma assistência que é devida, mas como um grito, uma denúncia, uma reação aos séculos de opressão a que é submetida a população pobre de nosso país, excluída do acesso aos direitos, do acesso à Justiça.

Uma terceira característica é a defesa incondicional do direito do povo, não “embarcando” no processo de criminalização aos movimentos sociais<sup>51</sup> e luta por direitos realizados em nossa sociedade pela mídia e poderes instituídos. Importante destacar que, como quarto elemento, que é preciso acreditar na força do povo para transformação da sociedade. Sem essa crença o trabalho desenvolvido acaba consistindo em mera assistência e não direcionadamente planejado para a conquista dos direitos. Os direitos não são concedidos nem doados e sim conquistados pelo suor e sangue de gerações de lutadores populares.

Capacidade técnica e política é o quinto elemento relacionado à advocacia popular, e ressalta-se pela originalidade e criatividade que muitas vezes é exigida para defender judicialmente teses que garantam o direito a determinado grupo social. A dificuldade surge já que a defesa de direitos humanos passa por conceituações jurídicas esquecidas pela dogmática tradicional, ocorrendo que nos Tribunais acabam prevalecendo concepções tradicionais e patrimonialistas em detrimento de correntes críticas e que valorizam a experiência de justiciabilidade de direitos humanos exigidos coletivamente. A capacidade política refere-se ao fato de que, muitas vezes, é exigida toda uma articulação com o Poder Público na

---

<sup>51</sup> A criminalização dos movimentos Sociais é a transformação das demandas e reivindicações populares em crimes, fruto de uma concepção do conflito social como algo negativo, perverso à sociedade. Exemplo desse processo foi a CPI da Terra, que tinha como uma de suas propostas finais, transformar em crime hediondo a ocupação de terras.

mediação de situações (envolvendo o Legislativo e o Executivo) para solução pacífica de conflitos. Neste ponto, audiências públicas, grupos de trabalho, bem como posicionamentos públicos (utilização da mídia) são essenciais para a garantia dos direitos.

Além desses, Alfonsin elenca seis vícios que devem ser evitados no trabalho de Assessoria Jurídica Popular:

- a) despessoalizar e descaracterizar a demanda popular, com posturas do tipo “eu trabalho é pela classe”, “eu trabalho é pelo partido”, “eu trabalho é pela minha igreja”; aí, o assessor jurídico popular é agente externo sim, mas agente externo de um outro grupo ou interesse e não daquele pelo qual o seu serviço está sendo pedido.
- b) Escolher por si próprio e segundo suas conveniências, os seus interlocutores, ouvindo somente lideranças ou quem se apregoa como tal. (...) é a postura preferida pelo chamado fisiologismo.
- c) Ignorar nuances capazes de bloquear a prestação de seus serviços, como o desrespeito a aspectos culturais dos assistidos, do tipo grau de consciência da injustiça que estão sofrendo, religião, folclore, concepção diferente do que seja moral e costume;
- d) Desprezar a participação do povo na realização de trabalhos que ele próprio está disposto a fazer e pode fazê-lo. (...) basta antecipar que esse é o defeito próprio das assessorias que não acreditam nas iniciativas populares.
- e) Assumir ele próprio a liderança da demanda popular, atropelando lideranças escolhidas pelo povo, para encaminhamento de questões que, não raro, ultrapassam o serviço jurídico.
- f) “Deixar-se usar” por demandas que nem sempre têm o selo da legitimidade propriamente popular, mas são assumidas pelo só fato de provirem daquele meio. Esse é o vício do chamado basismo, cuja principal característica é a de interpretar todo o trabalho com o povo numa chave maniqueísta do tipo “se veio de lá é porque é bom”, desconsiderando o conhecido aviso de Paulo Freire, segundo o qual a violência do opressor é muitas vezes hospedeira do oprimido. (ALFONSIN, 2005, p. 90)

Na experiência de trabalho do Escritório Frei Tito esses elementos coexistiram em diversos dos seus casos. De fato, na defesa dos direitos de determinadas comunidades, é preciso estar atento a não cometer os vícios de supervalorizar a demanda, de, muitas vezes, na boa vontade para resolver os conflitos, não acabar encaminhado demandas sem o devido diálogo com o grupo acompanhado. A reivindicação e mobilização popular são um processo pedagógico aonde as pessoas aprendem a se organizar coletivamente, a “correr atrás de seus direitos”. Os atos como confeccionar ofícios, protocolá-los, discutir as estratégias da demanda por direitos são formativos para a população, resultando em um verdadeiro curso de cidadania e emancipação. O Assessor Jurídico Popular deve respeitar esses passos e buscar acompanhá-los, não negando sua autonomia, mas identificando o estágio daquela reivindicação.

Podemos identificar três tipos diferentes de demandas relacionados à relação Escritório Frei Tito e grupos acompanhados:

**1. Assessoria a movimentos sociais organizados:** neste caso, o próprio movimento já qualifica a demanda que traz ao EFTA. No geral necessita-se da assessoria judicial, uma intervenção advocatícia *stricto sensu*. Em muitos desses casos, o próprio movimento realiza as atividades de formação e definição das estratégias, restando ao Escritório cuidar da estratégia judicial.

**2. Assessoria a demandas coletivas não constituídas em movimento:** a população traz uma demanda coletiva mas não constituída em movimento social. As dificuldades oriundas de um processo de organização popular levam o EFTA a assumir um maior protagonismo, discutindo desde a forma de realização de reuniões, assembléias com o povo, definição de estratégias amplas da luta social (como articular a mídia, forças sociais e políticas da cidade) indo à intervenção judicial. Quando não há conflito iminente em casos de luta por acesso à terra urbana, rural e de comunidades tradicionais, mas sim casos de regularização fundiária, o trabalho do EFTA assume verdadeiro caráter de Educação Popular, discutindo com a população seu direito à posse, e as possibilidades legais de obter “o papel da casa”.

**3. Assessoria a casos exemplares de violação a direitos humanos, oriundos de violações individuais:** casos de violência policial, falta de acesso a leitos de U.T.I, trabalho escravo, criminalização de militantes sociais, são tratados como casos exemplares, que o EFTA assume o papel de advocacia e de reivindicação política, quando necessário, com a realização de audiências públicas e provocação de órgãos como o Ministério Público. Atua-se assim judicial e extrajudicialmente.

É preciso também refletir sobre as estratégias de incidência do Escritório Frei Tito no campo jurídico-social, já que a atividade de Assessoria Jurídica Popular vai além da mera defesa técnica ou intervenção judicial para efetivação de direitos. Podemos elencar três estratégias fundamentais, como *Policy advocacy* e Mobilização social.

O Escritório Frei Tito recebeu, ao longo dos seus dez anos de Assessoria Jurídica Popular, inúmeras demandas em torno de diversos temas<sup>52</sup>, porém, percebemos um grande número de casos relacionados à temática do acesso à terra urbana, que dialoga com a garantia do direito à moradia.

Nos casos do Escritório Frei Tito, em várias ocupações consolidadas, os temas vão além do acesso ao solo, com a negação de outros direitos como a instalação de sistema de água, esgoto, energia, drenagem, etc. A instalação da infra-estrutura, dessa forma, é condicionada à segurança da posse e, por isso, os moradores ficam desprovidos de todos os seus outros direitos. Viola-se assim o Comentário Geral nº 4 da ONU.

Além disso, no campo estritamente jurídico, podemos revelar que o descumprimento reiterado da função social da propriedade e ausência de uma postura sancionatória do Estado frente a esta conduta, tem gerado vazios populacionais nas cidades, obrigando a população pobre a deslocar-se para áreas distantes, ou enfrentar a especulação imobiliária com ocupações de terras urbanas, como forma de exigir do Estado o cumprimento da função social da propriedade, garantia constitucional expressa no art. 5º da Constituição Federal.

## **6.2 Decisões Judiciais Ideológicas em casos De Conflitos Fundiários**

Passaremos aqui a estudar, especificamente, algumas das decisões de processos com conflitos fundiários advindos do EFTA.

Analisamos os casos em seu aspecto processual, com ênfase para o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na análise da colisão entre Direito à propriedade e do Direito à Moradia posto. A tabela<sup>53</sup> abaixo, relativa a ações de reintegração de posse, que, na maioria dos casos<sup>54</sup>, o EFTA agiu como assessor da parte ré (comunidades) nos fornece um panorama:

---

<sup>52</sup> Dados colhidos a partir dos relatórios de atividades dos anos 2006 a 2010 do Escritório de Direitos Humanos e Assessoria Jurídica Popular Frei Tito de Alencar.

<sup>53</sup> Construída a partir da análise e estudo dos casos do Escritório Frei Tito e de seu Relatório de Atividades do ano de 2010 e de estudo dos processos judiciais de cada caso.

<sup>54</sup> A exceção é o caso “Curió área verde”, pois a partir de uma ameaça de despejo administrativo das famílias que ocupavam uma área verde no Bairro Curió, o EFTA ingressou com Obrigação de não fazer, obtendo decisão liminar para garantir que as famílias só seriam removidas com apresentação de solução habitacional. No caso, foi argumentado o princípio da igualdade, pois na área verde em questão, o Município de Fortaleza concedeu alvaras de funcionamento para comércios e escolas privadas.

Comunidade	Decisão de 1º grau	Decisão de 2º grau
Rosa Luxemburgo 200 famílias. Terreno abandonado. Remoção forçada do proprietário com uso de força policial.  Proc.18079.12.2005.8.06.000 1/0  Trâmite: 20ª Vara Cível	Liminar de reintegração após audiência de justificação de posse. Juiz Substituto revogou a liminar. Juíza titular, em retorno de férias, concede novamente à liminar.	Agravo de instrumento do EFTA improvido.
Morro da Vitória. Terreno abandonado. Reintegração realizada.  Proc. 2005.0013.8097-6  Trâmite: 2ª Vara Cível	Liminar negada por ausência de comprovação de posse.	Agravo provido à parte autora. Considerou como prova da posse um contrato de vigilância privada.
Tabapuazinho – Caucaia – 70 famílias.  Proc. 2007.0028.3667-8  Trâmite: 4ª Vara Cível – Caucaia	Liminar concedida sob fundamento de posse, apesar de apresentação somente de título de propriedade.	Agravo provido a favor da comunidade, sob fundamento de que a posse não foi comprovada.
Parque Itamarati – 80 famílias  Proc. 2007.0009.0258-4  Trâmite: 26ª Vara Cível	Liminar concedida com base no título dominial	Agravo provido sob fundamento de que ação possessória não comporta prova de domínio.
Raízes da Praia – 70 famílias  Proc. 21485-05.2009.8.06.0001  Trâmite: 9ª Vara Cível	Liminar concedida sob argumento do título dominial. Juíza desconsiderou apelas à solução pacífica. Sentenciou mesmo após decreto desapropriatório e estar a área em ZEIS <sup>55</sup> .	
Movimento de Luta nos Bairros Vilas e Favelas – 200 famílias. Prédio Público	Liminar concedida com análise de título de propriedade. Sentença de	

<sup>55</sup> Zona Especial de Interesse Social destina a área para fins de moradia popular.

abandonado. Proc. 2009.81.00.004821-4 Trâmite: 5ª Vara Federal	extinção sem resolução de mérito por conta da ausência de interesse da parte autora.	
Comuna 27 de abril Proc.38580114.2010.8.06.0001/0 Trâmite: 4ª Vara Cível	Liminar deferida com base somente em título de propriedade.	Agravo improvido, tese de que não há como realizar a ponderação de valores.
Caça e Pesca Proc.9905620.2007.806.0001 Trâmite: 13ª Vara Cível	Liminar concedida com base em título de propriedade.	Agravo provido, o fundamento foi que a desocupação seria um gravame maior, necessidade de demonstração de função social e posse em apuração de provas no juízo monocrático.
Bom Sucesso Proc. 2000.0109.4074-0 Trâmite: 26ª Vara Cível	Após realização de inspeção Judicial, o Juiz sentiu a necessidade de intimar o Município; COHAB não provou posse. Juiz sentenciou com fundamento no direito de moradia, processo extinto sem julgamento de mérito	
Curió Área Verde Proc. 2009.0011.3117-0 Trâmite: 9ª Vara da Fazenda Pública	Juíza concedeu liminar a favor dos ocupantes. Em suma, decidiu que somente poderia haver desocupação com apresentação de solução habitacional para os ocupantes.	

A análise dos casos evidencia alguns elementos: a) Muitas das decisões, apesar do rito próprio das ações possessórias, são fundamentadas apenas no título de propriedade, violando a regra do art. 927 do Código de Processo Civil;<sup>56</sup> e b) As decisões pouco, ou quase nada,

<sup>56</sup> Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

debruçam-se sobre a colisão entre o direito à propriedade e o direito à moradia. Desta forma, na maioria dos casos, o Judiciário não busca analisar soluções para garantia do Direito à Moradia, como a desapropriação judicial da área de conflito para fins de moradia popular, reassentamento em imóveis vazios ou sub-utilizados ou mesmo inserção em conjuntos habitacionais.

Devemos lembrar que moradia digna é um direito fundamental, não devendo ser condicionado aos interesses privados de mera especulação imobiliária. O Estado deve ter então prioridade na sua efetivação. Neste sentido:

Daí a necessidade de alcançarmos a posse como um fato social indissociável de uma função social própria e autônoma ao direito de propriedade. A posse caracteriza-se por uma apropriação econômica e social consciente sobre um bem, voltada a uma finalidade individual que representa, em última instância, a própria finalidade coletiva, ao propiciar o direito fundamental social de moradia (art. 6º da CF).

O direito à moradia traduz necessidade primária do homem, condição indispensável a uma vida digna e complemento de sua personalidade e cidadania. Atua com eficácia normativa imediata, tutelando diretamente situações jurídicas individuais. É muito mais do que simplesmente o “direito à casa própria”, pois, como direito fundamental de Segunda geração (ou dimensão), envolve a necessidade do Estado de cumprir obrigações de fazer, centradas na prática de políticas públicas capazes de garantir um abrigo adequado, decente e apropriado a quem necessita de um mínimo vital.

Há de rememorar-se que, na colisão entre direitos fundamentais sociais e individuais, a preferência recairá sobre a tutela da situação fática do possuidor quando o abandono do seu titular desencadear o surgimento do direito de moradia. Enquanto o direito à moradia filia-se entre os direitos sociais, a garantia à propriedade é um direito individual que deverá ceder quando seu titular quedar-se inerte em conceder-lhe função social, a ponto de suprimir a sua legitimidade e permitir que outra entidade familiar cumpra a sua função social, mediante a moradia. (ROSENVALD, 2009, p. 50)

Da análise dos casos do Escritório Frei Tito é notório que a maioria das ações de reintegração de posse, não demonstraram definitivamente a posse, requisito para essa tipo de ação. E o Judiciário não analisou em suas decisões a função social da propriedade, preferindo aspectos processuais à garantia constitucional, evidenciando um distanciamento em relação a uma nova concepção referente ao Direito à Propriedade, prevalecendo uma concepção ainda patrimonialista, separada de uma visão civilista constitucional.

### **6.2.1 O sentido ideológico das decisões analisadas**

Diante de tais decisões, podemos realizar uma análise acerca do sentido ideológico das mesmas. O sentido deontológico mostra-se bastante claro, seja com a proteção possessória no

---

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

aspecto processual, ou pelo indeferimento do pleito com base em ausência de pressuposto da ação.

Porém, ao investigarmos o aspecto ideológico, vários elementos estão presentes. Destacamos que o discurso sobre as relações sociais que está posto, diante da análise da sociedade capitalista, nos indica que uma determinada visão de mundo é predominante no trato dos conflitos fundiários.

Inicialmente temos uma construção teórica de supremacia do direito de propriedade sobre condutas que importem em sua turbação. A compreensão de que o ordenamento jurídico tem como tarefa principal a segurança jurídica dos indivíduos e, portanto, a defesa da propriedade privada é um dos pilares de tal aspecto securatório, leva a uma compreensão isolada de tal garantia.

Não afirmamos aqui que a propriedade privada, na atual sociedade, não deve ser protegida por tal ordenamento, não defendemos aqui nenhum sentido anárquico. Porém, identificar conflitos sociais com o mero esbulho possessório é uma prática que advém de uma determinada concepção de sociedade, em que o direito de propriedade se sobrepõe ao direito de ter uma moradia.

Desta forma, percebemos que as decisões, mesmo com ciência de que as famílias ficarão sem teto, e portanto, acabarão por “esbulhar” outro imóvel, tratam a propriedade como algo absoluto, intocável.

Tal forma de decidir torna-se mais absurdo quando percebemos que a Constituição Federal assevera que a propriedade cumprirá sua função social. Mesmo considerando que a função social da propriedade urbana deve ser regulamentada pelo Plano Diretor municipal, deve o magistrado verificar tal marco legal, identificando no caso concreto se há função social no imóvel ocupado. Em nenhum caso tal procedimento foi realizado.

Além disso, o fato das ocupações serem realizadas por movimentos populares e sociais fornece outro elemento, que considera “tumulto”, “baderna”, a forma política “ocupação” como reivindicação de um direito. Ancorados em Marilena Chauí, podemos considerar que isso é ainda um dos problemas de nossa caminha democrática, que busca tratar a insurgência como algo a ser combatido. Não custa lembrar que o “esbulho possessório” é crime tipificado no Código Penal, o que reforça a noção de “ilegalidade” nos conflitos fundiários.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Art. 161, II do Código Penal.

Por fim, no molde de uma visão social de mundo afeta às decisões aqui estudadas, temos a concepção de que somente com o suor e trabalho se consegue a riqueza. Aquele que conquista bens, dinheiro e poder o fez com muito trabalho. Porém, milhões de trabalhadores pelo mundo afora não enriquecem, permanecendo presos à miséria.

Todos esses elementos compõem o sentido ideológico dessas decisões, prescrevendo que o correto é não ocupar, mesmo diante de um estado de necessidade, que, não serão toleradas ofensas ao direito de propriedade. Este é o recado ideológico que tais decisões passam, e assim, conformam-se à ideologia dominante no modo de produção capitalista. Alguns trechos dessas decisões ilustram o que afirmamos.

No julgamento de Agravo de Instrumento, na 6ª Câmara Cível, Proc. 46963-78.2010.8.06.0001, referente à ocupação de uma área de 500 hectares, denominada de Comuna 27 de abril, organizada por dois movimentos sociais, o Movimento dos Conselhos Populares e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra<sup>58</sup>, o Des. José Mario dos Martins Coelho assim se pronunciou sobre a manutenção da liminar de reintegração de posse deferida:

É cediço que o direito de propriedade, constitucionalmente reconhecido como direito fundamental não pode ser entendido como um direito absoluto, vez que se submete ao cumprimento de sua função social para o seu efetivo exercício.

Entretanto, a própria Constituição estabelece, em seus arts. 182, § 4º e 184, os mecanismos para que o **Poder Público** faça cumprir a função social do imóvel urbano ou rural, respectivamente.

(...)

Irrefragável o argumento de que a função social é o elemento que legitima o exercício do direito de propriedade, mas, conforme as determinações constitucionais supratranscritas, compete ao poder público, utilizando-se de mecanismos específicos, exigir que a referida função se cumpra, devendo ser afastadas as invasões realizadas por particulares ao arrepio da constituição.

Douta monta, há de se considerar que o direito à moradia digna, também insculpido na Constituição da República, que foi negado aos Apelantes por omissão do poder público. Entretanto, não se pode exigir que a Demandante, ora Agravada, venha a arcar com o ônus do déficit habitacional decorrente da referida omissão do Estado, a quem compete garantir a todos indistintamente o referido direito social. (ANEXO ---)

Por este trecho transcrito, percebemos que o magistrado mesmo reconhecendo que o direito à propriedade deve cumprir sua função social, não analisa o marco legal municipal, nem tampouco identifica no caso concreto se o imóvel em questão cumpre ou não esta função.

---

<sup>58</sup> Comuna da Terra é uma experiência do MST com movimentos urbanos, de realizar “ocupações rururbanas” que deveria realizar agricultura familiar nas cidades.

Além disso, delega a competência para efetivar o direito à moradia somente ao poder público, esquecendo do papel do Judiciário. Afirma que a invasão é ao arrepio da Constituição, porém, o requisito da função social deve ser analisado também em legislação infraconstitucional.

Outro caso, da comunidade Rosa Luxemburgo, a magistrada concedeu liminar, no julgamento do Agravo de Instrumento, o Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva assim se manifestou:

Restou comprovado nos autos, que o proprietário do imóvel, (...), visitava regularmente o loca, inclusive mantendo famílias para trabalhar, zelar e vigiar o terreno. (...) Contudo, a discussão acerca da função social da propriedade compete ao Poder Público que, ao constatar o não cumprimento da função social do imóvel, sujeitará o proprietário à desapropriação do imóvel, o que não poderá ser feito pelo particular. (ANEXO ---)

De igual modo, o magistrado afasta de sua análise a função social, abstraindo o dever do Judiciário de analisá-la quando em colisão direito de propriedade e direito à moradia. Além disso, reconhece como posse o ato de manter vigilância no local. Ora, um terreno vazio com um vigia por mais de quinze anos não pode ser considerado como cumpridor de sua função social.

Outro caso parecido ocorreu com a Comunidade Morro da Vitória. O Juiz de primeiro grau negou a liminar na ação de reintegração de posse por considerar que não houve prova da relação possessória. Porém, em sede de Agravo de Instrumento, o Des. José Maria Melo assim se pronunciou:

No caso em vertência a agravante demonstrou satisfatoriamente que exercia, até então, a posse sobre o bem imóvel de sua propriedade, objeto do esbulho noticiado nos autos, daí porque, o contrato de prestação de serviços de vigilância armada, constante das fls. 71/77; a notificação do lançamento do IPTU exercício 2005, de fls. 86; a correspondência endereçada a agravante por parte da Empresa Ceará Segurança de Valores Ltda., dando conta do esbulho possessório sob judice; e ainda, as fotografias de fls. 89/108, os quais, analisados contextualmente, autorizam a conclusão de que se encontram presentes a prova da posse. (ANEXO ---)

Percebe-se que a posse é provada, principalmente, com contrato de vigilância, o que demonstra a concepção de posse desvinculada da função social da propriedade.

Porém, nos casos estudados, uma das mais flagrantes decisões que evidenciam aspectos ideológicos claros foi a proferida no caso envolvendo a Comunidade Raízes da Praia.

Neste caso, a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa oficiou à juíza, solicitando a adoção de providências de solução pacífica para o caso, inclusive, o próprio Município de Fortaleza informou que havia interesse em desapropriação do imóvel para fins de moradia popular. Infensa aos apelos, mesmo com decreto de desapropriação publicado em

Diário Oficial do Município, a juíza proferiu a liminar, não cumprida devido à resistência das famílias no local. Vejamos trechos da decisão:

Antes mesmo da manifestação deste Juízo sobre o pleito liminar, formulado pelos requerentes, a entidade nominada na petição de fls. 30-33, numa atitude tipicamente eleitoreira e até irresponsável, pois afirmando que “assessora extrajudicialmente” o grupo invasor, se queixou de que “seguranças privados” dos proprietários dos imóvel – os requerentes, no caso – estariam “ameaçando” os invasores, como se fosse um crime proteger sua propriedade e seu patrimônio.

Registra aludida entidade ter recorrido – juntamente com outro grupo, igualmente protetor e apoiador dos que não respeitam o patrimônio alheio - ao Município de Fortaleza, destacando existir “uma negociação para solução pacífica” do problema, através da Fundação Habitacional de Fortaleza- HABITAFOR.

Na verdade, é extremamente cômodo para o Poder Público e para instituições como a que peticionou às fls. 30-33, assumir proteção dos inválidos às custas do sacrifício ou do prejuízo alheio. Trata-se da aplicação do princípio do “fazer cortesia com o chapéu alheio” (ANEXO ----)

Ressalte-se que o que a magistrada nomeia de “instituições eleitoreiras” é a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

Percebemos nessa decisão uma concepção plena da defesa da propriedade privada e seus valores em detrimento do direito à moradia dos ocupantes. Reforça-se que aqui estamos a tratar de uma área abandonada, sem cumprimento algum da função social conforme previsto no Plano Diretor.

A magistrada simplesmente desconheceu, apesar de informado nos autos, a existência de decreto desapropriatório da área para fins de moradia popular, como negou apelos da Comissão de Direitos Humanos para solução pacífica do conflito.

Tal opção evidencia claramente a predominância de um sentido ideológico, que identifica que a propriedade privada deve ser protegida a qualquer custo, mesmo contra a Constituição. Tal ideologia exclui da apreciação judicial qualquer elemento dedicado à análise da colisão entre direito à moradia e direito à propriedade, e do cumprimento de sua função social.

Porém, não tratamos aqui do Judiciário como um todo hegemônico, nas decisões analisadas encontramos brechas que permitem identificar fissuras no corpo ideológico quando tratamos de conflitos fundiários.

As decisões relativas às comunidades “Tabapuá, Movimento de Luta nos Bairros e Favelas, e Bom Sucesso”, tiveram decisões em que os magistrados, frente à ausência de comprovação de posse, ou não concederam ou cassaram as liminares. E, salientamos a decisão do caso “Curió – área verde”, em que a magistrada decidiu que somente poderia haver

despejo quando o Município apresentasse solução habitacional para as famílias, em uma decisão que prioriza, claramente, o direito à moradia.

Porém, são exceções.

Verificamos que a maioria das decisões estudadas, sete de um total de dez, reproduzem a concepção do direito de propriedade como algo absoluto, recusando-se a proceder a uma ponderação entre o direito de propriedade e o direito à moradia, ou mesmo a efetuar a verificação do cumprimento da função social da propriedade.

Os casos de conflitos fundiários destacam-se pela peculiaridade de, por um lado, estarmos a ver centenas de pessoas com seu direito à moradia negado, buscando efetivá-lo pela ocupação de áreas que não cumprem função social alguma. Nos casos estudados, identificamos um sentido ideológico nas decisões, que prescreve que o direito de propriedade privada, mesmo contra a Constituição, deve ser protegido, mesmo à custa do direito à moradia de inúmeras famílias.

Nesse sentido, a tese de que a ideologia jurídica tem como fundamento o discurso sobre as relações sociais e não as relações sociais em si têm comprovação, pois, as decisões analisadas tem seu fundamento na concepção hegemônica de que: a) a propriedade é intocável; b) sua violação deve ser duramente combatida; c) movimentos que contestam o direito de propriedade privada devem ser duramente reprimidos pois são inversão da ordem, insegurança jurídica.

Se o sentido ideológico tivesse como fundamento as relações sociais em si, deveriam indicar que existe um desigual acesso à terra urbana; que este bem é transformado em mercadoria, portanto, seu acesso é negado àqueles que não têm capital, e que para se ter capital é preciso engendrar-se no mecanismo de exploração de mais valia.

Identificando a prescrição do sentido ideológico, é preciso todo um campo de ação dos movimentos sociais e juristas críticos com a reformulação da concepção do direito de propriedade e da prevalência da ponderação do direito de moradia sobre o direito de propriedade que descumpra sua função social, bem como, de denuncia do sentido ideológico do direito, na busca de construção de uma contra-hegemonia, que permita a efetivação do direito à moradia em casos de conflitos fundiários.

## CONCLUSÃO

O enfoque da presente pesquisa era identificar os aspectos ideológicos em decisões judiciais que tratem de conflitos fundiários urbanos. Optamos por adotar uma abordagem que nos colocasse em condições de realizar uma análise tanto no aspecto teórico, relacionado ao tema da ideologia, e mais especificamente à ideologia jurídica, quanto às questões práticas, ligadas diretamente ao comportamento do Poder Judiciário em decisões acerca de conflitos fundiários urbanos.<sup>59</sup>

O Poder Judiciário faz parte de um sistema estatal complexo, muitas vezes identificado pela doutrina tradicional como uma estrutura neutra, a serviço do “bem comum”. A partir de um ponto de vista ancorado em uma teoria geral da sociedade capitalista, de viés marxiana, compreendemos que o Estado é um mecanismo de dominação classista, complexo e refinado, que não se sustenta apenas através do uso da força material, mas também da força espiritual (idéias) com uma vasta e profunda produção de cultura destinada à perpetuação do *status quo*, da opressão de uma classe por outra. O conceito gramsciano de hegemonia é muito útil, pois a dominação recorre ao consentimento, obtido através de espaços e mecanismos ideológicos. O direito é um desses mecanismos. Compreender o funcionamento destes aparelhos ideológicos é crucial para compreendermos como os órgãos estatais tomam suas decisões, inclusive o Judiciário.

A teoria jurídica tradicional logrou êxito ao elencar como técnicas de legitimação da produção do direito a democracia representativa, o sufrágio, e o modelo de gestão do Estado baseado Constituição como norma de parâmetro para organização e valores de determinada sociedade. Porém, tais regras não são suficientes para afastar a existência de uma imensa desigualdade material entre os homens, mulheres e crianças existentes, de forma que, diversos direitos previstos constitucionalmente acabam tornando-se meras declarações de vontades, diante da dificuldade de garantia de recursos para a construção de políticas universais.

Com relação ao Estado e ao Direito o papel de uma teoria crítica é, antes de tudo, denunciar que tal legitimação das normas omite a situação real e concreta de concentração de

---

<sup>59</sup> Optamos pelo meio urbano pois identificamos que vivemos na chamada “cidade ilegal”, sem regularização fundiária, sem garantia de serviços básicos, e cada vez mais segregada. Neste cenário, a democratização do acesso à terra urbana ganha destaque. O que poderia ser uma forma de moldar um novo paradigma urbano, radicalmente democrático, acaba tornando-se mais um elemento de concentração de renda, fortalecendo as “cidades segregadas”.

renda e desigualdade na sociedade atual, além de instigar a radicalização da democracia direta, a priorização e alocação de recursos para políticas sociais básicas entre outras medidas.

Neste cenário, compreendemos que ideologia jurídica faz parte da ideologia geral da sociedade capitalista, funcionando não só como um conjunto de idéias, mas também, em sua concepção negativa, como um discurso voltado para o falseamento da realidade, que atua criando consensos sobre relações sociais que, descortinadas, evidenciaríamos as ligações de dominação e opressão próprias do modo de produção capitalista. Isto fica claro através da divergência entre as relações sociais e o discurso acerca de tais relações: a exploração do trabalho e obtenção da mais valia transforma-se em livre contrato entre empregado e empregador. Enquanto que o direito à moradia para centenas de pessoas transforma-se em discussões acerca do “instituto da posse e da propriedade”, esquecendo-se das situações concretas.

Asseveramos que as normas jurídicas e o discurso jurídico – incluso aí as decisões judiciais – tem dois sentidos: um deontico e outro ideológico. O sentido deontico prescreve a conduta que a norma ou decisão busca realizar. Já o sentido ideológico produz um determinado tipo de comportamento que cortina a relação social intrínseca ao sentido deontico. Desta forma, o fundamento do sentido deontico são as relações sociais que constituem a estrutura do modo de produção capitalista. Quanto ao sentido ideológico, seu fundamento é um discurso sobre as relações sociais, que produz concepções em torno da aplicação do direito, falseando a relação de exploração, tornando-se apreciável para a formação do consentimento que interessa à manutenção da hegemonia dominante.

A ideologia jurídica atua para produzir nas pessoas, que praticam efetivamente as relações sociais, a noção de uma falsa realidade. Desta forma, aquele que vende sua força de trabalho, mesmo recebendo muito menos pelo que produz, tende a compreender que recebe um salário como contrapartida do seu esforço. Pode até considerar que o valor do salário é injusto, pois incapaz de lhe permitir um adequado padrão de vida, mas continua sendo a retribuição pelo seu esforço laboral, e não um mecanismo que permite a reprodução da mão de obra utilizada e mantém o lucro do capitalista. Obviamente que assim compreendemos, pois adotamos uma determinada concepção da sociedade capitalista, de origem marxiana.

Para os usuários do sistema judiciário, o discurso do direito é verdadeiro, eles o entendem como oriundo diretamente das relações sociais, e não vindo de um discurso sobre as

relações sociais. O que defendemos neste trabalho é que a ideologia jurídica é um discurso sobre a aparência das relações sociais, portanto, um discurso distorcido, falseado.

No caso das decisões judiciais aqui analisadas, percebemos que a ideologia jurídica revela-se através de uma concepção declaradamente protetora do direito à propriedade. Em sete dos dez casos estudados, a solução encontrada beneficiou o proprietário, mesmo com ausência de qualquer comprovação processual de posse para ações reintegratórias. O título de propriedade foi considerado como prova adequada para os despejos, ao arripio da legislação processual que exige a existência da relação possessória, até mesmo para existir esbulho.

A construção ideológica de proteção da propriedade privada levou os julgadores dos casos estudados a repudiar qualquer ação dos ocupantes, mesmo diante de imóveis que não cumprem qualquer função social.

Nestes casos de colisão de direitos fundamentais, é possível que os julgadores, respeitando a Constituição como ordem hierarquizada de valores, procedam à ponderação, com análise do cumprimento da função social da propriedade urbana, da proteção do direito à moradia e da prevenção de despejos forçados, conforme ditames da Constituição Federal, dos tratados internacionais e das leis municipais específicas. Nesse sentido, podemos incluir como parte integrante do conteúdo material do direito à moradia, as normas postas em tratados internacionais, devidamente ratificados pelo Brasil, além do Estatuto da Cidade, marco regulador de um novo conteúdo jurídico do direito à moradia no Brasil. Tais considerações podem permitir ao julgador soluções pacíficas para os conflitos fundiários urbanos, com a predominância do direito à moradia frente ao direito à propriedade, especialmente quando este não cumpre sua função social.

É preciso que o Poder Judiciário trate os conflitos fundiários como casos de relevante interesse público, que não podem ser encarados apenas como mera disputa entre particulares, isolados. Buscar desde soluções pacíficas até formas de efetivação do direito à moradia, e aplicar a ponderação de valores para prevalecer um interesse coletivo em prol do interesse individual (proprietário que não cumpre a função social) parece ser um dos caminhos de uma ordem urbanística que amenize as contradições do sistema capitalista.

As decisões estudadas revelam características ideológicas muito claras: a) a propriedade é um direito absoluto, intocável; b) sua violação deve ser duramente combatida com a imediata reintegração ao bem; c) movimentos e grupos vulneráveis que contestam o direito de propriedade não merecem amparo legal, mesmo que possível juridicamente; d) os conflitos

fundiários são uma ação de vândalos, aproveitadores, assemelhando a ocupação de terras ao ato de roubar; e) conflitos fundiários causam insegurança jurídica, pois perturbam a ordem de segurança da propriedade posta.

A ideologia jurídica oculta a relação entre as pessoas existentes, de um lado o proprietário, especulador<sup>60</sup>, e de outro centenas de famílias em reivindicação do direito à moradia, e passa a expor a relação entre coisas, entre a posse, propriedade, invasores e imóvel. Abstrações que ocultam a relação de desigual acesso ao solo urbano que realmente ocorre.

Desta forma magistrados acabam decidindo o destino de centenas de famílias apenas com análise da matrícula de um imóvel, sem nunca ter vistoriado o local do conflito, colhido informações acerca do uso do imóvel anteriormente, ou informado acerca das providências do Poder Executivo quanto ao destino daqueles ocupantes. Em sete das dez decisões estudadas, os magistrados não realizaram nenhuma análise da legislação municipal; nenhuma vistoria judicial ao local<sup>61</sup>; concederam as liminares *inaudita altera pars*, e sempre trataram os ocupantes como invasores, esbulhadores, abstraindo assim que está a se tratar de famílias.

Consideramos que o estudo da ideologia jurídica aplicada aos conflitos fundiários urbanos nos fornece um meio de, identificando seu sentido ideológico, atuar de forma contra-hegemonica, buscando uma mudança de paradigma na compreensão do direito de propriedade, de sua função social, e da efetivação dos direitos sociais, especialmente o direito à moradia. Além disso, consideramos que existe um campo de intervenção aberto para defensores de direitos humanos, justamente a reivindicação da aplicação de mecanismos de proteção possessória e regularização fundiárias aos conflitos, tais como as Zonas Especiais de Interesse Social (que, uma vez previstas em lei municipal, podem ser analisadas pelo Judiciário); a Usucapião Especial e a Desapropriação Judicial. Salientamos que, em nenhum dos casos estudados, foi analisado pelo juiz se os ocupantes poderiam ser beneficiados com algum dos mecanismos mencionados.

Compreendendo o Judiciário como um campo de disputa, intervir desde o ensino jurídico até a jurisprudência é um flanco aberto numa luta de valores na aplicação do direito, que passa, fundamentalmente, pela desconstrução do ideário liberal relativo ao direito de

---

<sup>60</sup> Ao nos referirmos aos proprietários sempre temos em mente aqueles que têm imóveis sem cumprimento de qualquer função social da propriedade urbana. No nosso ponto de vista, tal situação em conflito com aqueles que reivindicam moradia nos permite antever uma regra da ponderação que beneficie o interesse coletivo.

<sup>61</sup> Exceção do caso da comunidade Bom Sucesso, que o juiz determinou que técnico judiciário realizasse vistoria no local.

propriedade, para uma concepção plural e coletiva do direito de acesso, por todos e todas, as riquezas produzidas em nossa sociedade, entre elas, o solo urbano.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, 2008.
- ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2003.
- ARANTES, Oflia. VAINER, Carlos. MARICATO, Ermínia. **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito Moderno e mudança social**: ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARCELLONA, Pietro. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 5ª, 2011.
- BASTOS, Ronaldo. **O conceito de Direito em Marx**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- BOITO JUNIOR, Armando. **Estado, política e classes sociais**. São Paulo: UNESP, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa**, 1988.
- BRASIL, **Lei Nº 10.257, de 10 de julho de 2001**, Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.
- BRASIL, **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, Institui o Código Civil.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993
- CAPPELLETTI, M.; Garth, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

- CARNOY, Martin. **Estado e Teoria Política**. 10. ed. São Paulo: Papyrus, 2004.
- CASTELLS, Manuel. **A Questão Urbana**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CERIS. **Direitos Humanos no Brasil 2: diagnósticos e perspectivas**, Misereor, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia?** São Paulo: Editora Brasiliense, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, ano I, dezembro de 1997.
- CORREAS, Oscar. **Crítica da Ideologia Jurídica**. Porto alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.
- COSTA, Alexandre Bernardino [et al]. **O Direito Achado na Rua: introdução crítica ao direito à Saúde**. Brasília: CEAD/UNB, 2008.
- COUTINHO, Carlos Nelson. **Intervenções – o marxismo na batalha das ideias**. São Paulo: Cortez, 2006.
- DALLARI, Adilson Abreu (org.) **Estatuto da cidade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**, 2. Ed., Mandamentos, Belo Horizonte, 2002.
- FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direito Social e Justiça**. São Paulo: Malheiros. 2005.
- FILHO, Roberto Lyra. **Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983.
- \_\_\_\_\_. **O que é Direito?** 17. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. Loyola, São Paulo, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. Graal, São Paulo, 1985.
- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo, Revista dos tribunais, 2005.
- GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci**. Porto Alegre: L&PM, 1980.
- HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARVEY, David. **A Condição Pós-moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. **A Produção Capitalista do Espaço**. 2ª, ANNABLUME, 2001

HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos**. O Breve Século XX 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

IASI, Mauro Luis. **Ensaio sobre consciência e emancipação**. São Paulo: Expressão Popular. 2007.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Laranjas e Maçãs; dois modelos de serviços legais alternativos. In: **Através do Espelho**: ensaios de sociologia do direito. Rio de Janeiro: IDES - Letra Capital, 2001.

JUNIOR, Américo Bedê Freire. **O controle judicial de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

KORESSAWA, Wilson. **O Princípio da Segurança Jurídica - Implicações na Ocupação Familiar de Lotes Públicos**. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2010

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. 5ª, São Paulo, Centauro, 2010.

LÊNIN, Vladimir. **Imperialismo Fase Superior do Capitalismo**. São Paulo: Global Editora, 1982.

\_\_\_\_\_. **O Estado e a Revolução**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LOJKINE, Jean. **O Estado Capitalista e a Questão Urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

\_\_\_\_\_. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2011.

\_\_\_\_\_. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Hucitec, 1999.

MAUS. Ingeborg. **O Direito e a Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MELO, Tarso de. **Direito e Ideologia**: um estudo a partir da função social da propriedade rural. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MENEGAT, Marildo. **O Olho da Barbárie**. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

MORAES, Germana Oliveira de. **Controle jurisdicional da Administração Pública**, 2. Ed., São Paulo, Dialética, 2004

MOREIRA JUNIOR, José Ilton Lima. VIEIRA, Maria de Lourdes Ferreira. GOMES, Patrícia de Oliveira. **Práxis em Assessoria Jurídica Popular e Direitos Humanos no Ceará: experiências do Escritório de Direitos Humanos Frei Tito de Alencar**. Fortaleza: INESP, 2010.

MONCAYO, Víctor Manuel. Marx e o direito. In: ARGUELLO, Katie (org.). **Direito e Democracia**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

NEDER, Gizlene. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil**. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1995.

OSÓRIO, Letícia Marques in ALFONSIN, Betânia. FERNANDES, Edésio. (coord). **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

OSÓRIO, Letícia Marques. **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

POULANTZAS, Nico. **Poder político y clases sociales en el estado capitalista**. 16ª, Siglo Veintiuno Editores, Ciudad del México, 1978.

\_\_\_\_\_. **O estado, o poder, o socialismo**. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

RIBAS, Luis Otávio. **Direito insurgente e pluralismo jurídico: assessoria jurídica de movimentos populares em Porto Alegre e no Rio de Janeiro (1960-2000)**; 2006. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSENVOLD, Nelson. CHAVES, Cristiano de Farias. **Direitos Reais**. 4. ed., Rio de Janeiro, 2007.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2004.

\_\_\_\_\_. **Novas perspectivas do Direito urbanístico Brasileiro**. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Urbanístico – novas vias das políticas urbanas**. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos apud DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**, 2. Ed., Mandamentos, Belo Horizonte, 2002.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial de políticas públicas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder:** ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições, eficácia. Malheiros, São Paulo, 2009.

SOUSA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito.** Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1991.

STRECK, Lenio Luiz, **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

**ANEXO A – Decisão judicial Proc. 2007.0028.3667-8**

**Comunidade: Tabapuazinho**

**ANEXO B – Decisão judicial Proc. 21485-05.2009.8.06.0001**

**Comunidade: Raízes da Praia**

**ANEXO C – Decisão judicial Proc. 2007.0009.0258**

**Comunidade: Parque Itamaraty**

**ANEXO D – Decisão judicial Proc. 2007.0013.2101-01/0**

**Comunidade: Rosa Luxemburgo**

**ANEXO E – Decisão judicial Proc. 2005.0013.8097-6**

**Comunidade: Morro da Vitória**

**ANEXO F – Decisão judicial Proc. 2000.0109.4074-0**

**Comunidade: Bom Sucesso**

**ANEXO G – Decisão judicial Proc. 2009.81.00.004821-4 (5ª Vara Federal)**

**Comunidade: Movimento de Luta em Bairros e Favelas**

**ANEXO H – Decisão judicial Proc. 2008.0002.7782-3/0**

**Comunidade: Caça e Pesca**

**ANEXO I – Decisão judicial Proc. 46963-78.2010.8.06.0000/0**

**Comunidade: Comuna 27 de Abril**

**ANEXO J – Decisão judicial Proc. 2009.0011.3117-0**

**Comunidade: Curió**