



Septiembre 2016 - ISSN: 1988-7833

PLURALISMO JURÍDICO E A EFETIVIDADE AO DIREITO À MORADIA

Fabiana Carolina Galeazzi¹
Renata Estrazulas Yoshikawa Ferreira²

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Fabiana Carolina Galeazzi y Renata Estrazulas Yoshikawa Ferreira (2016): "Pluralismo jurídico e a efetividade ao direito à moradia", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julio-septiembre 2016). En línea: <http://www.eumed.net/rev/ccss/2016/03/moradia.html>

RESUMO

O pluralismo jurídico admite a existência de vários direitos e tem como base a democracia e a participação, em busca de dar uma resposta efetiva a sociedade para suas necessidades, é a "multiplicidade dos possíveis", já que não tem apenas conteúdos ideológicos, sociais e econômicos, mas também é baseado no cotidiano e na multiculturalidade. O direito à moradia, previsto na Constituição Federal de 1988 deve ser interpretado não apenas como um teto, mas como local de ter condições mínimas para atender a finalidade a que se destina. Ocorre que a escassez de recursos humanos e econômicos inviabilizam a concretização do direito à moradia. Aumenta-se assim as desigualdades sociais e a moradia não passa de uma mera expectativa de direito, vez que o crescimento desenfreado, a diversidade cultural e a inefetividade da atividade estatal, não alcança o pluralismo pretendido na ordem constitucional, impossibilitando o atendimento deste direito a todos os cidadãos.

Palavras-chave: Pluralismo, moradia, efetividade, multiculturalidade, igualdade.

LEGAL PLURALISM AND THE EFFECTIVENESS OF THE DWELLING RIGHT

ABSTRACT

The legal pluralism acknowledges the existence of various rights and is based on democracy and participation, in search of an effective response to society for their needs, is called the "multiple possibilities", since there has only contents ideological, social and economic rights, but is also based in everyday life and in multicultural societies. The dwelling right, provided for in the Federal Constitution of 1988 should be interpreted not only as a just a right to have a house, but as a place to have minimum conditions to meet the purpose for which it is intended. It so happens that the shortage of human and economic resources makes the realisation of the dwelling right impossible. This increases the social inequalities and the right of home as a mere expectation of law, as the unbridled growth, cultural diversity and the inefetividade state activity, does not reach the desired pluralism in the constitutional order, which prevented the attendance of this right to all citizens.

Key-words: Pluralism, housing, effectiveness, multiculturalism, equality.

EL PLURALISMO JURÍDICO Y LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA VIVIENDA

RESUMEN

El pluralismo jurídico reconoce la existencia de diversos derechos y se basa en la democracia y la participación, en la búsqueda de una respuesta eficaz a la sociedad para satisfacer sus necesidades,

es el “la multiplicidad de posibilidad”, ya que no sólo tiene contenido ideológico, los derechos sociales y económicos, sino que también se basa en la vida cotidiana y en las sociedades multiculturales. El derecho a la vivienda, prevista en la Constitución Federal de 1988, debe interpretarse no sólo como un techo, sino como un lugar para tener unas condiciones mínimas para cumplir con el propósito para el cual está destinado. Así sucede que la escasez de recursos económicos y humanos imposibilitam la realización del derecho a la vivienda. Y, por tanto, aumenta las desigualdades sociales y la vivienda es una mera expectativa de derecho, como el crecimiento desenfrenado, la diversidad cultural y de la actividad de estado inefetividade, no alcanza la deseada del pluralismo en el orden constitucional, lo que impidió la asistencia de este derecho a todos.

Palavras-clave: pluralismo, la vivienda, la eficacia, la multiculturalidad, la igualdad.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar o pluralismo jurídico no contexto brasileiro, que, dentre inúmeras situações, abarca o direito à moradia de difícil efetividade.

O pluralismo jurídico surgiu em contraposição ao monismo para abarcar a diversidade existente no sistema, no final do século XX.

No Brasil, o pluralismo veio como novo referencial político e jurídico na busca de uma sociedade mais justa.

A diversidade de culturas, a extensão do território, as mais variadas necessidades sociais, a administração governamental ineficaz, a desigualdade social, má distribuição de renda, dentre outros, fazem surgir movimentos sociais em busca de soluções, que acabam se consubstanciando em formas de Pluralismo Jurídico.

Um dos problemas decorrentes do Pluralismo que não é abarcado pelo Estado é a falta de efetividade quanto à moradia, onde uma fatia da sociedade acaba por ser excluída e não tem acesso a este direito fundamental.

A Constituição Federal estabelece a proteção dos Direitos Humanos, criando um sistema regional de proteção desses direitos, positivando-os de modo a torná-los fundamentais, sendo aí incluído o direito à moradia.

Inúmeras soluções existem para o problema, mas a realidade é que pouco se faz quanto ao tema.

1. PLURALISMO JURÍDICO

As relações sociais são reguladas pelo direito oriundo do Estado. Ocorre que as manifestações jurídicas em uma determinada sociedade são plurais e o direito que se revela através dos movimentos sociais é que efetivamente determina essas relações, propondo outra cultura jurídica, contraposta ao monismo, ao formalismo, ao positivismo jurídico e ao capitalismo.

Com o desenvolvimento da sociedade, novas manifestações surgem e o Estado deixa de ser a única e exclusiva fonte do Direito.

Segundo o autor Antônio Carlos Kolkmer³, o monismo jurídico desenvolveu-se principalmente dos séculos XVIII ao XX com o capitalismo e Hans Kelsen foi seu principal propulsor, o qual pregava o direito de forma hierarquizada, positivada pelo Estado e, por conseqüência, uma centralização política na ordem jurídica.

A ordem liberal-burguesa do Estado de Direito entra em colapso, pois estava mais preocupada com a estrutura do poder e os ritos, deixando de lado os verdadeiros anseios sociais.

O monismo entra em crise entre os anos 60 e 70, onde há a passagem do processo de acumulação monopolista para flexível, com a crise do Estado do Bem-Estar Social. As novas demandas político-econômicas não recebem mais um a resposta eficaz, aumentam os conflitos sociais e surgem tradições complexas decorrentes da vida em massa.

Com o desenvolvimento da sociedade, novos direitos surgem e o Estado já não os contempla ou há apenas o reconhecimento formal. Nas palavras de WOLKMER:

Há que se compreender que a reinvenção permanente de "novos" direitos, que assumem dimensão individual, política e social, está diretamente relacionada com o grau de eficácia de uma resposta à situação ou condição

de privação, negação ou ausência de "necessidades" fundamentais, "necessidades" configuradas como bens que servem para a satisfação e realização da vida humana.⁴

Como decorrência desta crise há a defesa do pluralismo jurídico, o qual admite a existência de vários direitos e tem como base a democracia e a participação, em busca de dar uma resposta efetiva a sociedade para suas necessidades. O Estado deixa de ser a única forma de poder e perde a exclusividade na produção jurídica. A descentralização traz como consequência a supremacia do interesse ético, político e social sobre o formalismo, já que há uma grande diversidade de valores e objetos na sociedade.

O pluralismo é a "multiplicidade dos possíveis", já que não tem apenas conteúdos ideológicos, sociais e econômicos, mas também é baseado no cotidiano e na diversidade de culturas.⁵

Inexiste um único conceito para o tema, já que atende a múltiplos fenômenos de uma só vez.

REALE traça a dificuldade em resumir os princípios do pluralismo, pois diz haver uma forma de pluralismo para cada autor.⁶ Ainda, afirma que GIERKE⁷ foi o pai das escolas pluralista, defendendo um pluralismo corporativo, onde cada associação possuía personalidade real e efetiva, sem estar vinculada com o Estado, com atuação autônoma e independente. Foram importantes doutrinadoras para o pluralismo Duguit, Hauriou e Santo Romano.

DUGUIT, segundo REALE⁸, não era pluralista por assim dizer, já que não idealizava as acepções desta doutrina, porém, negava o monismo jurídico estatal e defendia os organismos sindicais e afirmava que ao Estado cabia o papel de apenas coordenar as atividades segundo as exigências da solidariedade, inexistindo poder público, já que não era soberano e, por consequência, estabeleceu nova forma de formação das normas jurídicas, admitindo, mesmo que de forma implícita, pluralidade de fontes do Direito Positivo.

Já Maurice HAURIUO constituiu um pluralismo institucionalista, onde as regras de direito determinam as instituições e para ele o Estado não passa de uma instituição dentre outras, mas de todas as instituições que emanam da ordem social, o Estado é a mais importante.⁹

O teórico de maior importância para o pluralismo foi SANTI ROMANO¹⁰, que apresenta o Direito como um todo unitário e "desdobra-se numa teoria do Direito como instituição, que se contrapõe ao normativismo jurídico (1ª parte) e numa teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, que se opõe ao monismo estatal (2ª parte)." Suas concepções eram institucionais e admitiam apenas o direito positivo, sendo que para ele todos os ordenamentos eram soberanos.

Assim, vê-se a passagem do monismo para o pluralismo, na busca de garantir a distribuição da justiça e os anseios do estado de direito.

2. PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL

Quanto a evolução histórica no Brasil do pluralismo jurídico, SOUSA SANTOS¹¹ faz uma classificação baseada em passagens por três expressões de Pluralismo Jurídico:

- 1) Durante o período colonial, o Brasil sofre influência direta do direito português, das Ordenações. Portugal não reconhecia do direito aqui existente e o excluiu, para eles apenas o direito português era válido. O direito oriundo das relações sócias era oprimido.
- 2) A segunda expressão de pluralismo jurídico, segundo o autor, é a dos direitos dos povos indígenas que viviam no Brasil durante a colonização, direito este que também era oprimido pelo direito oficial português.
- 3) A terceira expressão do pluralismo jurídico decorre da exclusão social vivida pelo Brasil, como consequência do capitalismo atrasado. Há grande concentração de renda, desigualdades sociais gritantes, onde grande parte da população vive a margem do direito. O Estado nada faz para inclusão destes excluídos. Como há esta ausência estatal, a própria sociedade encontra um meio de organização e cria um direito próprio que disciplina o convívio. Assim, o pluralismo jurídico nasce para preencher a falta do Estado.

Há que se destacar que SOUSA SANTOS viveu durante um período de tempo na favela do Jacarezinho no Rio de Janeiro, para vivenciar de perto o pluralismo citado na terceira expressão.

Analizou as relações sociais e jurídicas numa comunidade marginal carioca, a qual denominou de Pasárgada, nestes termos:

O direito de Pasárgada é um direito paralelo não oficial, cobrindo uma interação jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados). Obviamente, o direito de Pasárgada é apenas válido no seio da comunidade e a sua estrutura normativa assenta na inversão da norma básica da propriedade, através da qual o estatuto jurídico da terra de Pasárgada é conseqüentemente invertido: a ocupação ilegal (segundo o direito do asfalto) transforma-se em posse propriedades legais (segundo o direito de Pasárgada)...? Da mesma forma que no direito de família do início do século, o direito de propriedade no que pertine a bens imóveis pressupõe ao atendimento de requisitos preenchidos por determinada classe. As classes menos favorecidas tem, mais das vezes acesso à áreas desprezadas pelos mais ricos, como as áreas periféricas e de interesse ambiental. Tais áreas, via de regra, não comportam apropriação, por se colocarem em regiões de risco ou de interesse ambiental, como as encostas e margens de rios, o que impede sua apropriação. E ainda que possível a apropriação do imóvel as formalidades necessárias à validade do ato, como a inscrição no registro de Imóveis não são do conhecimento da população mais carente, que acaba por não ter tutelado seu direito.¹²

O pluralismo no Brasil também decorre da diversidade cultural presente em nossa sociedade. Existem índios, descendentes de portugueses, oriundos do processo de colonização, africanos, italianos, japoneses e assim por diante. Toda esta gama de povos construiu concepções jurídicas pluralistas decorrentes das diversas formas de cultura, as quais devem ser atendidas.

A desigualdade social, o processo histórico, a miscelânea de cultura, dentre outros, contribuíram para que o pluralismo se tornasse realidade em nosso País, pois o amplo rol de direitos que o Estado deve garantir torna impossível que individualmente seja sustentado.

REALE¹³ descreve o pluralismo como uma doutrina que "afirmava a existência de Direito independentemente do Estado e que põe um paradeiro à redução arbitrária do direito à lei do Estado".

WOLKMER¹⁴ conceitua o pluralismo como "*a multiplicidade de praticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais*".

Outra causa do aparecimento do pluralismo jurídico é a relação com a legitimidade política, conforme afirma Joaquim A. Falcão, citado por Wolkmer.¹⁵

O pluralismo é a busca de saídas concretas do Direito vigente, para que atenda a todas as necessidades, no intuito de realização da justiça social e de uma nova sociedade, para tentar corrigir a falta do Estado em vários campos de atuação.

WOLKMER se depara com uma nova preocupação acerca do pluralismo no âmbito do direito nacional, no sentido do pluralismo jurídico visto como um projeto alternativo para espaços periféricos do capitalismo latino-americano, estabelecendo os seguintes requisitos: "(a) a legitimidade dos novos sujeitos sociais; (b) a democratização e a descentralização do espaço público participativo; (c) a defesa pedagógica de uma ética da solidariedade; (d) a consolidação de processos que conduzam a uma racionalidade emancipatória¹⁶.

Esse pluralismo jurídico, que tem como característica o comunitarismo e a participação. Propõe uma nova definição do espaço público, da construção de uma nova cultura jurídica que proporcione a participação da sociedade e das novas formas de legalidade enquanto expressão de interculturalidade.

Para WOLKMER, "pluralismo jurídico" é um referencial cultural de ordenação compartilhada que considera a "multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais ou culturais".¹⁷

O pluralismo jurídico reconhece que o direito possui várias fontes, além da fonte oficial do Estado, em contraposição ao monismo jurídico. WOLKMER estabelece limites para as fontes reconhecidas nessa abordagem, que devem se referir a princípios preestabelecidos por determinada sociedade num dado tempo histórico.¹⁸

Não há como compreender o direito separado da sociedade, já que ele é fruto das relações sociais e, por conseqüência, sofre influências da política, moral, religião, cultura etc. Um exemplo em nossa sociedade de pluralismo jurídico é o direito vivido nas sociedades indígenas.

Para entender o direito baseado na teoria pluralista é preciso aprofundar o entendimento do fenômeno jurídico além dos tradicionais limites da produção de normatividade. Como o direito é uma manifestação que vai além do Estado e da lei.

3. DIREITO À MORADIA

No compromisso de construir uma sociedade livre e que respeito às diferenças, pluralismo este acolhido pela Constituição Federal de 1988, há o direito social à moradia, imprescindível para garantia do mínimo existencial.

ALEXY trata do mínimo vital nos seguintes termos:

Sin una comparación no es posible determinar qué es lo que pertenece al mínimo vital constitucionalmente garantizado. Tal como lo enseña una mirada a la historia, el mínimo vital absoluto puede ser fijado a un nivel muy bajo. De lo que se trata bajo la Ley Fundamental, es el del mínimo vital relativo, es decidir, aquello que debe ser considerado como tal bajo las condiciones imperativas en la República Federal de Alemania. Tomar como marco de referencia aquello que el legislador garantiza en cada caso significaría renunciar a una pauta jurídico-constitucional para aquello que ele legislador tiene que garantizar. En tales casos, el concepto de la dignidade de la persona no ofrece una pauta racionalmente controlable. Pero, el principio de la igualdad de hecho ofrece una pauta racionalmente controlable de rango constitucional. Exige una orientación por el nivel de vida efectivamente existente y permite quedarse debajo de este a la luz de los principios puestos. Por cierto, de esta manera, todo se vuelve una cuestión de ponderación."¹⁹

A necessidade de moradia é oriunda até mesmo dos nossos ancestrais, já que desde o início da história os homens viviam em cavernas, sentindo a necessidade de abrigar-se em lugar seguro e onde pudesse guardar seus bens.²⁰

Consoante a afirmação de ALEXY, o momento social vivido é importante para interpretar o mínimo necessário.

A Constituição Federal estabelece a proteção dos Direitos Humanos, criando um sistema regional de proteção desses direitos, positivando-os de modo a torná-los fundamentais.

O art. 5º da Constituição Federal traz o rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, rol este que não é exaustivo, pois o parágrafo 2º do mesmo artigo deixa claro que os direitos e garantias expressos na 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.

Mesmo assim, foi preciso que a Emenda Constitucional nº 26 trouxesse no artigo 6º da Constituição Federal²¹, dentre o rol dos direitos sociais, o direito à moradia.

Antes de ser inserido na Constituição Federal, no ano de 2000, já se discutia sua existência em decorrência do artigo 5º, § 2º.²²

A Constituição Federal também traz o artigo 23, IX, que estabelece a adoção de políticas públicas voltadas para a habitação, o que denota a obrigação do Estado em garantir este direito.

Mesmo não sendo um direito novo, é certo que "a sua expressa positivação lhe imprime uma especial significação, além de colocar novas dimensões e perspectivas no que diz com a sua eficácia e efetividade".²³

Os direitos fundamentais visam resguardar, em última instância, a dignidade da pessoa humana, como princípio básico e norteador de um Estado Democrático, e dentro desta perspectiva é que o direito à moradia deve ser efetivado.

SARLET afirma que a Constituição Federal de 1988 trouxe maior proteção aos direitos fundamentais, pois houve a "inclusão destes no rol das 'cláusulas pétreas'(ou 'garantias de eternidade') do art. 60, §4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder constituinte derivado."²⁴

Há que se ressaltar que não basta para o direito à moradia um teto. O local deve ter condições mínimas para atender a finalidade a que se destina. Vai além do conceito de casa própria. É um valor imaterial, não é baseada apenas no direito de propriedade.

A moradia deve atender ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁵

Para que a moradia seja considerada digna, segundo entendimento do doutrinador Nelson Saule Júnior, precisa ter os seguintes requisitos: "segurança jurídica da posse, disponibilidade de serviços e infra-estrutura, custos da moradia acessível, habitabilidade, acessibilidade e localização e adequação cultural."²⁶

Esta é uma preocupação constante em nível internacional. Muitos outros países elencam o direito à moradia no rol dos direitos previstos constitucionalmente.

SARLET traz o Comentário Geral nº 4, da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, sobre o direito à moradia, que estabeleceu os seguintes elementos básicos:

- a) a segurança jurídica da posse, independentemente de sua natureza e origem.
- b) Disponibilidade de infraestrutura básica para garantia da saúde, segurança, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico etc.).
- c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.
- d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.
- e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.
- f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais.
- g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.²⁷

Recentemente, o Conselho de Direitos Humanos da ONU em Genebra aprovou resolução que obriga as cidades e países realizadores de megaeventos esportivos a respeitar o direito à moradia. O documento traz a necessidade de promoção do direito à moradia, para que a herança deixada pelos jogos aumente as oportunidades de moradia de interesse social. Também afirma que é preciso avaliar o impacto da realização dos jogos nas condições de moradia da população atingida; coíbe a discriminação de grupos marginalizados, e caso haja necessidade de remoção, devem ser exploradas alternativas, se não for possível, quando acontecerem, devem obedecer às leis internacionais de direitos humanos. Por fim, a Resolução estabelece a obrigatoriedade da participação das comunidades locais prejudicadas durante o planejamento e a implementação dos projetos.²⁸

Fica clara a preocupação da ONU em estabelecer condições mínimas a serem seguidas, para garantir a dignidade deste direito.

No Brasil, o direito à moradia é direito fundamental, o que lhe dá um *status* jurídico diferenciado e que para sua concretização necessita de uma prestação do Estado, criando leis e políticas públicas para atender as exigências.²⁹

A regulação de direitos sociais fundamentais na Constituição traz a tona duas questões: a concretização e vinculação de direitos sociais e a fundamentalidade.

O direito à moradia, na classificação de SARLET, é um direito fundamental a prestação, ou seja, "que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa".³⁰

Justamente os direitos fundamentais que exigem uma prestação do Estado são aqueles que geram maior controvérsia quanto a sua aplicação.³¹

Infelizmente, o ordenamento jurídico pátrio não prevê instrumento hábil para garantir a aplicação deste direito por parte do Estado, como ocorre com os direitos individuais (mandado de segurança, *habeas corpus*).

Um dos meios de efetivação do direito à moradia é através da atuação da jurisprudência, onde os reflexos destes direitos serão sentidos pela sociedade.

As prestações inerentes aos direitos sociais esbarram na escassez de recursos humanos e econômicos. A concretização do direito à moradia implica a disponibilidade de recursos.

O princípio da reserva do possível seria uma das formas de solucionar a disponibilidade de recursos, já que leva em conta a capacidade econômica de uma determinada sociedade de satisfação das necessidades das pessoas. No Brasil, a aplicação do princípio da reserva do possível encontra impasses, vez que há grande concentração de renda nas mãos de poucos, o que acarreta desigualdades sociais e efetividade de direitos sociais mínimos não pode ser deixada de lado, já que essenciais para a dignidade material da pessoa humana.

Como então concretizar esta árdua tarefa, onde o Estado tem a obrigação de assegurar acesso a bens e direitos existentes ou de garantir que o titular não seja privado do bem ou do direito de que já disponha?

Não há como separar o assunto da observância de princípios da igualdade e da justiça material e a problemática dos direitos sociais tem relação com o Direito Privado.

SARLET diz que se percebe na área dos direitos a prestações uma relativização da noção de direito subjetivo. Diz que:

Mesmo em se mantendo a estrutura de uma relação trilateral estabelecida entre o titular, o objeto e o destinatário, constata-se – em virtude das peculiaridades dos direitos a prestação – uma inevitável diferenciação no que tange à força jurídica das diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais em sua dimensão subjetiva, a exemplo, aliás, do que ocorre na esfera jurídico-objetiva. Por outro lado, não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurado por norma de direito fundamental, sem que com isso se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.³²

Fica clara a complexidade de efetivação dos direitos sociais, já que por um lado há a obrigação do Estado em concretizar o direito à moradia, essencial para o mínimo de dignidade, mas por outro há o entrave da falta de recursos para este fim.

Apesar de a moradia ser essencial para a promoção de uma vida digna, muitos cidadãos estão à margem deste direito mínimo, morando embaixo de pontes, viadutos ou na rua. A eficácia do direito à moradia é limitada.

Como o custo da casa própria é alto, a população busca soluções improvisadas, tais como loteamentos ilegais, ocupações irregulares, favelas, as quais não têm infra-estrutura básica.

Ninguém decide morar numa favela porque quer. Esta é a solução encontrada no mercado imobiliário por quem tem pouca renda, em geral em áreas que o mercado formal não pode ou não quer ocupar.

PIOVESAN ensina que "a violação aos direitos sociais, econômicos e culturais é resultado tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental, como da ausência de pressão internacional em favor dessa intervenção."³³

Como consequência, tem-se o aumento das desigualdades sociais, da pobreza e marginalização, além da degradação do meio ambiente.

Na maioria das urbes, a moradia não passa de uma mera expectativa de direito, vez que o crescimento desenfreado não possibilitou estender esse direito a todos os cidadãos.

O Estado de Direito evoluiu para Estado de Direito social e o sistema jurídico passou a ser pluralista, em especial no Brasil, onde o ordenamento jurídico abarcou as vertentes burguesas e

proletárias e, por conseqüência, o conflito, que antes era social e político, passou a ser um problema no mundo jurídico e um exemplo disso é a norma que assegura o direito de propriedade e que esta propriedade atenda a função social.

Lênio Luis Streck diz:

Estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos de forma mais ampla possível.

Se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma com fissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas.³⁴

Como decorrência dos inúmeros direitos sociais, a problemática das classes é levada ao judiciário e, atualmente, cabe a este solucionar a questão, deixando de lado o modelo liberal burguês, não esquecendo o fim da Constituição, para diminuir as desigualdades.

O Poder Público deve agir e garantir o acesso à moradia, observando os fundamentos da República, trazidos no artigo 3º da Constituição Federal, para que só assim a sociedade seja digna e justa.

A justiça distributiva³⁵ contribui para a solução do problema. A aplicação do direito vigente deve atender aos anseios constitucionais. Não basta adequar a norma a conduta. Os princípios são vetores e a aplicação da norma é tarefa ampla para harmonização do sistema e de seus fins.

O Estado deve intervir nas atividades do setor privado, regulamentando o uso e acesso da propriedade urbana com o fim de promover programas de urbanização e regularização fundiária.

Os Municípios devem desenvolver programas de planos habitacionais para garantir o ingresso a todos ao mercado imobiliário.

Outro obstáculo à efetivação da moradia, decorrente do pluralismo, é a padronização da moradia, o que é impossível em um País como o nosso, vez que desprezita a diversidade cultural aqui existente. O Brasil tem um território vasto. O caráter universal da moradia deve ser mais amplo para que o mínimo existencial de dignidade humana seja garantido a todos, mas reconhecendo diferenças culturais.

A moradia para os indígenas é diferente do padrão de moradia de quem vive em São Paulo ou em palafitas no estado do Alagoas. A solução da problemática decorrente do pluralismo oriundo dos usos e costumes dos grupos sociais, seria a participação popular desses diferentes grupos, a fim de legitimar os programas e as políticas habitacionais.

Outra forma decorrente do pluralismo para enfrentar a falta de moradia é que a própria sociedade excluída criou um novo direito para solucionar o problema: as negociações sobre bens imóveis entre as classes carentes acontecem à margem do previsto pelo Código Civil e, como conseqüência, inexistem efeitos jurídicos de tais atos de transmissão de propriedade. Assim, surge um direito paralelo.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais, abarca uma gama de direitos políticos, econômicos, culturais e sociais - dentre eles o direito à moradia - na busca de construir de uma sociedade plural, justa e fraterna.

O pluralismo almeja a busca da igualdade e do estado democrático de direito.

Como decorrência deste pluralismo, num país gigante como o Brasil, onde há imensa diversidade cultural, por conseqüência, o direito à moradia acaba por adquirir inúmeras formas e a efetividade desse direito acaba por abalada.

Além do mais, a inefetividade da atividade estatal não alcança o pluralismo pretendido pela ordem constitucional e inúmeros brasileiros vivem marginalizados, sem ter um teto para morar.

Soluções existem, basta querer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSART, Pierre. **Ideologias, conflitos e poder**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 263.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1993, p.414.

BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. **Eficácia das Normas Constitucionais de Direitos Fundamentais. O Direito à Habitação**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, RT, nº 26, jan./mar. 1999.

Conselho de Direitos Humanos da ONU, Décima Terceira sessão, Item 3 da Agenda, Promoção e proteção de todos os direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, inclusive o direito ao desenvolvimento.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. *In: Peixinho, Moanoel Messias e outros (org.) Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2ª Edição, 1997, Max Limonad: São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. *In: MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (orgs.) Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 4, 2002, p. 159.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**. São Paulo, RT, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. São Paulo, 3a Ed., Editora Alfa-Omega, 2001.

¹ Mestre da Unibrasil

² Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Endereço eletrônico: <http://lattes.cnpq.br/3399796118639813>

³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. São Paulo, 3a Ed., Editora Alfa-Omega, 2001, p. 25-77.

⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁵ ANSART, Pierre. **Ideologias, conflitos e poder**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 263.

⁶ Este jurista afirma que os doutrinadores do pluralismo têm várias correntes, que podem ser divididos como: aqueles que defendiam um pluralismo sociológico econômico tais como Gurvitch, Duguit e Jêze; e aqueles que defendiam o

antiestatalismo jurídico na medida em que se diminuía as atenções as contingências de ordem econômica, defendida por Hauriou e Santi Romano. (REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 262).

⁷ Afirmava que este jurista "não só proclamava a existência de um todo coletivo formado por homens reunidos para a realização de fins que vão além da esfera do interesse individual, como assevera que estas unidades sociais possuem existência autônoma devendo ser consideradas como limites naturais à autoridade do Estado, porquanto o Estado é uma pessoa jurídica dotada de soberania, mas não cria as pessoas jurídicas individuais e coletivas". Ainda determinava tal teoria como moderada e conciliatória, já que a ordem estatal e a jurídica não se confundiam, mas sim se harmonizavam. REALE, Miguel. Op. Cit., p. 266, 267.

⁸ Ibidem, p. 272.

⁹ Ibidem, 1984, p. 287.

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 187.

¹¹ SOUSA SANTOS, Boaventura. **O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, pág. 73-74.

¹² BOAVENTURA, Souza Santos. Op. Cit., p. 14.

¹³ Descreve "que não foi por mera coincidência que o desenvolvimento dos princípios pluralistas encontraram correspondência no chamado renascimento do Direito Natural". Completa tal elucidação descrevendo o pluralismo como "uma reação das forças vivas da sociedade contra a máquina do Estado, montada com a função exclusiva de editar leis, de fazer Direito, à maneira de Kant, como ordenamento destinado à mera tutela da ordem das liberdades individuais" (REALE, Miguel. Op. Cit., p. 261).

¹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 219.

¹⁵ "Em países do Terceiro Mundo, como o Brasil, o aparecimento de situações paralegais, paralelas ou *extra-legem*, incentivadas, aceitas ou não pelo próprio Direito oficial, está correlacionado diretamente com a variável da legitimidade do regime político. Assim, a pretensão da exclusividade da legalidade oficial e sua eficácia real "para absorver ou neutralizar as manifestações normativas não-estatais" em contingência crescente está condicionada pelo grau da legitimidade da estrutura de poder (autoritário ou democrático). Dentro dessa hipótese, para o consagrado investigador, configura-se que a "cries de legitimidade do regime aumenta a probabilidade de uma baixa eficácia da legitimidade estatal, o que por sua vez abre espaços para o surgimento de manifestações normativas não-estatais, sendo notório que tais manifestações não são necessariamente contra o regime. Podem ser e podem não ser. Muitas vezes elas são buscadas pelo próprio governo como válvulas de escape, capazes de viabilizar a posição hegemônica do Direito Estatal". Em outras palavras, parece claro que a pluralidade das ordens jurídicas é fruto da busca de nova legitimidade. Ibidem, p. 220-221.

¹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatório en América Latina. Em: TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la (Org.). Pluralismo jurídico. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Futiérrez, 2007, p. 26. (Tradução livre).

¹⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 16.

¹⁸ Idem.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1993, p.414.

²⁰ "Há muito que o ser humano deixou de ser nômade e de ter uma vida cada dia em um local. O homem, na Antiguidade, vivida de forma precária. Assim, ao observar que o seu alojamento num lugar fixo lhe traria melhores resultados de continuidade ao seu desenvolvimento sociocultural e econômico, optou pela moradia fixa. Daí a importância de analisar a questão da habitação humana como um fato decorrente do processo histórico, para compreendê-lo no contexto de cada época, bem com a sua evolução". SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**. São Paulo, RT, 2004, p. 116:

²¹ 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.

²² Considerando o caso brasileiro, de Constituição 'rígida', observamos que facilmente se pode inferir, da análise sistemática dos dispositivos pertinentes, que nossa Carta Magna reconhece o 'direito à moradia', como corolário do 'direito à vida' (de maneira direta), ou pela interpretação do art. 182 (de maneira indireta)." BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. **Eficácia das Normas Constitucionais de Direitos Fundamentais. O Direito à Habitação. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, RT, nº 26, jan./mar. 1999.

²³ "No âmbito da jurisprudência pátria, já se registravam decisões anteriores a Emenda nº 26, reconhecendo, de certa forma, um direito implícito à moradia (habitação) com base no estreito vínculo com a dignidade da pessoa", referindo-se ao Resp 213422, julg. Em 19.08.99, cuja ementa tem o seguinte trecho: "(...) 3 - A questão habitacional é um problema que possui âmbito nacional, e suas causas devem ser buscadas e analisadas sob essa extensão, devendo ser assumida pelos vários segmentos da sociedade, em mútua colaboração na busca de soluções, eis que a habitação é elemento necessário da

própria dignidade da pessoa humana, encontrando-se erigida em princípio fundamental de nossa República (art. 1º, III, da CF/88)." SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia.** In: MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (orgs.) **Arquivos de Direitos Humanos**, Rio de Janeiro, Renovar, 4, 2002, p. 151:

²⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p.69.

²⁵Há vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana com à questão do uso do solo (urbano ou rural). O conceito de dignidade da pessoa humana, conforme SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60, como: *a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*

²⁶ SAULE JÚNIOR, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004, p. 149.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (orgs.) *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 4, 2002, p. 159.

²⁸Conselho de Direitos Humanos da ONU, Décima Terceira sessão, Item 3 da Agenda, Promoção e proteção de todos os direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, inclusive o direito ao desenvolvimento.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. Cit., p. 160, "cabera aos órgãos estatais, notadamente -mas não exclusivamente - ao Legislador, a tarefa de estabelecer os contornos mais precisos de um direito à moradia e dos meios para sua implementação, sempre lembrando sua vinculação aos tratados internacionais sobre o tema, e, acima de tudo (e sem que possa questionar seriamente tal ponto) aos demais preceitos da nossa Constituição, especialmente no que diz com o direito a uma vida com dignidade."

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais..., p. 296.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang, ob. Cit., p. 303, "Diretamente ligada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação."

³² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais... p. 320.

³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 2ª Edição, 1997, Max Limonad: São Paulo, p. 200.

³⁴STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 3ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.39.

³⁵ "Os incisos do art. 3o [da Constituição] conclamam os Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial, vedados os preceitos de qualquer espécie eis que, de acordo com o que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração de nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, como propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os cidadãos. MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: Peixinho, Moanoel Messias e outros (org.) *Os Princípios da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 168.