XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO II

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488
Filosofia do direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Alcebiades De Oliveira Junior, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-190-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO II

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Filosofia do Direito II, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, e que ora compõem este livro, manifestam com vigor o avanço das discussões de Filosofia do Direito na comunidade acadêmica do Direito em nosso país, bem como expressam o avanço da metodologia jurídica em pesquisa jusfilosófica, conceitual, histórica e doutrinária, bem como atualizada e condizente com o grande número de autores que trabalham o Direito do ponto de vista filosófico hoje no mundo. É notável, portanto, neste sentido, o fato de que nunca estudamos e pesquisamos tanto no campo da Filosofia e da

Filosofia do Direito como estamos fazendo hoje em nosso país. Agrupar esses trabalhos sob o teto de alguns rótulos mais genéricos poderia ser feito, mas neste momento optamos por um comentário de tom mais mais orgânico e relativo aos trabalhados apresentados por ocasião do evento.

Assim, diante da diversidade temática e não fugindo à tarefa, chegamos às seguintes observações e a consequente estruturação desta obra:

1 - Vários autores importantes da filosofia geral foram incorporados pelos pesquisadores às suas análises da problemática jurídica e portanto de Filosofia do Direito, dentre os quais são exemplos Foucault, Arendt e Gadamer, assim como vários autores de Filosofia do Direito em sentido estrito, dentre os quais Pachukanis, Kelsen, Rawls, Possner e Alexy, e que tornaram possível o incremento de um importante debate de Teoria do Direito sobre diferentes ângulos e com certeza um bom livro para o deleite de seu leitores. Utilizando-nos de expressões de Norberto Bobbio, filósofos com interesse jurídico, e juristas com interesse filosófico.

2 - De outra parte, e procurando detalhar algumas das importantes discussões conduzidas pelos pesquisadores deste Grupo, quanto a Michel Foucault pode-se

dizer que o leitor encontrará aqui uma interessante discussão sobre as questões de poder, disciplina e biopoder, bem como poderá encontrar um paralelo das discussão do poder em Foucault em face das propostas de Hannah Arendt. Também, de maneira interessante o leitor encontrará neste grupo uma interessante digressão das teorias de Hans Gadamer e sua

proposta hermenêutica como uma forma de enfrentamento ao atual pan-principiologismo brasileiro, com comentários interessantes sobre o círculo hermenêutico e as pré-compreensões.

3 - No campo das análises mais estritas de filosofia jurídica o leitor encontrará, primeiramente, um debate entre as teorias liberais e próprias ao mundo capitalista, versus teorias ditas mais engajadas e socialistas, tal como é demonstrado com o debate entre Pachukanis e Kelsen, autores já muito conhecidos na academia, sobretudo Kelsen, num trabalho que visa associar forma e conteúdo no Direito. Em sequência, o leitor encontrará dois textos sobre John Rawls, reconhecidamente o autor mais importante no resgate das relações entre o Direito e os valores e a moral, após décadas de tentativas de isolacionismo do fenômeno Jurídico com essas ligações valorativas, e que principalmente haviam sido levadas adiante também por Hans Kelsen, dentre outros. Completam as reflexões de uma abordagem mais em sentido estrito de uma filosofia jurídica, importantes discussões levadas adiante a partir de Richard Possner sobre as relações entre o Direito e os seus custos, custos e benefícios em um estudo sobre as problemáticas do Tribunal do Juri. Finalmente, o leitor encontrar neste livro uma importante discussão sobre "princípios", formas de expressão do fenômeno jurídico que se notabilizaram no Direito brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, em uma análise de sua importância para discussões sobre os Direitos Fundamentais, como é exemplo o Direito à moradia.

Enfim, acreditamos que o leitor possui em mãos uma obra bastante rica em suas discussões de Filosofia do Direito, a qual recomendamos com prazer a todos os interessados pelo mundo acadêmico. Nossos cumprimentos aos autores que a integram, e nossa mensagem de otimismo para que continuem pesquisando.

Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Parana

José Alcebiades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Matheus Felipe De Castro - Universidade Federal de Santa Catarina

UMA VISÃO FILOSÓFICA DO DIREITO À MORADIA DIGNA NAS INVASÕES DE ÁREAS PÚBLICAS

A RIGHT TO HOUSING PHILOSOPHICAL VISION WORTHY IN THE PUBLIC AREAS OF RAIDS

Ana Paula Goldani Martinotto Reschke [1]
Narciso Leandro Xavier Baez [2]

Resumo

O presente artigo fala da realidade que o Brasil vive em pleno século XXI, referente as invasões irregulares de áreas públicas que se multiplicam ano após ano. O direito à moradia faz parte dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo. Não há como negar que ela faz parte da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que todo ser humano precisa de um espaço digno para seu lazer e descanso. Infelizmente as políticas públicas existentes no Estado democrático brasileiro não são suficiente para controlar e atender este crescimento desordenado de moradias indignas e irregulares.

Palavras-chave: Moradia digna, Invasão de áreas públicas, Direito fundamental

Abstract/Resumen/Résumé

This article talks about the fact that Brazil is in the XXI century, referring irregular invasions of public areas that multiply year after year. The right to housing is part of the listed fundamental rights, through a constitutional amendment, there is no denying that it is part of human dignity, considering that every human being needs a decent space for your leisure and rest. Unfortunately the existing policy in the Brazilian democratic state are not enough to control and meet this uncontrolled growth of unworthy and irregular housing.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Decent housing, Invasion of public areas, Fundamental right

---

[1] Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, pós graduada em direito civil pela Escola de Direito Verbo Jurídico, Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul

[2] Pós-Doutor em mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais, Juiz Federal e Coordenador no programa de mestrado UNOESC.

INTRODUÇÃO

As invasões de áreas públicas geram moradias indignas e inadequadas e têm sido a cada dia motivo de grande preocupação, direita ou indiretamente, para a população brasileira.

Esse tipo de moradia acarreta muitos malefícios para a vida humana e para a convivência em sociedade, tais como doenças, marginalidade, falta de segurança pública, problemas ambientais, etc.

Ocorre que o maior problema é a falta de oportunidade que a classe menos favorecida possui. A falta de emprego muitas vezes é a principal causa desse fenômeno.

Conforme o Censo do IBGE em 2010, o número de moradias irregulares aumentou muito nos anos anteriores à pesquisa. Estima-se que mais de cinco milhões de moradias dignas precisam ser construídas para atender a demanda de famílias que vivem em condições precárias. Também a afirmação encontrada para entender esse tipo de irregularidade é a migração das áreas rurais para as grandes cidades em busca de uma vida melhor, o que acaba não ocorrendo pelo motivo de não possuírem experiência profissional ou grau de escolaridade compatível ao exigido no mercado de trabalho.

A base teórica, dentre outras, para a elaboração do presente artigo foi a Teoria de Justiça de John Rawls, no ponto em que se refere à igualdade econômica entre os cidadãos e a igualdade da justiça, tendo em vista a necessidade de que todo ser humano precisa viver com dignidade. A partir da obra do mencionado autor, trazendo o significado de justiça como equidade, foi feito um comparativo do pensamento com as leis positivadas e a Constituição Federal do Brasil, as quais garantem o direito à moradia digna.

Outro teórico consultado é Amartya Sen, principalmente em sua obra “A ideia de justiça”, também citada no presente artigo, cuja teoria é voltada para a filosofia do direito, dedicada a John Rawls, que foi seu colega de docência em Harvard, onde Sen propõe uma teoria voltada para promoção da justiça e a diminuição das injustiças, pautada no debate público, racional, objetivo e imparcial.

Após análise desses filósofos, dentre outros, será feito estudo sobre a legislação pátria que tenta apontar uma solução para o problema da moradia e das moradias irregulares.

UMA VISÃO FILOSÓFICA DO DIREITO À MORADIA DIGNA NAS INVASÕES DE ÁREAS PÚBLICAS

A justiça se dá no momento inicial em que se definem as premissas com as quais

se construirão as estruturas institucionais da sociedade (BITTAR, 2009). A equidade, por sua vez, para John Rawls é mais determinada e se dá através do contratualismo (RAWLS, 1971). Pode-se, através destes conceitos, entende-se que assim se busca o direito à propriedade e moradia no contratualismo contemporâneo, para que estes direitos sejam atendidos e respeitados de forma expressa.

Pensar a justiça com equidade com John Rawls é pensar e refletir sobre o justo e o injusto diante das instituições, pois não há outra forma de administrar a justiça para todos se não por meio das instituições sociais, tendo em vista que uma sociedade organizada é definida exatamente em função da organização de suas instituições, sabendo-se que estas podem ou não realizar os anseios e necessidades de justiça do povo ao qual se dirigem (RAWLS, 1971).

O papel das instituições sociais é zelar pela justiça, devem prever o que é justo e injusto, mas deve ser lembrado que podem existir regras injustas, mas não quer dizer que a instituição se tornou injusta por isso (RAWLS, 1971).

O direito à moradia diz respeito à organização social de uma sociedade, ainda mais quando se trata de invasões irregulares, sem a menor estrutura para uma convivência justa. A mobilização das principais instituições é a estrutura base para um sistema de cooperação para um digno crescimento populacional das classes menos favorecidas.

Cada pessoa possui um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades iguais para as outras, assim como a distribuição econômica e social devem ser compartilhadas de formas simultâneas para que sirvam de beneficio para todos, dando acesso a todas as pessoas que dela necessitam (RAWLS, 1971).

Existem discussões razoáveis da aplicação dos direitos humanos no universo. A base para a implantação dos direitos humanos universalmente foi para a preservação da vida do ser humano.

A base do direito humano aplicado por Rawls é a coerentista, isto significa que há uma razoabilidade no entendimento entre crença, moral e direitos do povo, visando sempre a sua proteção (RAWLS, 1971).

Rawls entende que se os povos possuíssem decência, moral, boas condutas, este povo adquiriria a sua liberdade plena e teria os seus direitos humanos garantidos.

A concepção minimalista de Rawls sobre os direitos humanos tem apontado a necessidade de implantação de outros direitos para garantirem a liberdade plena do ser humano.

Os direitos humanos têm o poder de colocar limites em muitas condutas do ser

humano, exemplo, intervir na realização de guerras. A guerra só consegue ser explicada em caso de autodefesa, ou em caso de intervenção para defender os direitos humanos.

Na teoria da Law of Peoples (direito dos povos) é explicado que os direitos humanos são simétricos, pois se alguém possui direitos, isso significa que a outra também possui um direito, assim como um dever (RAWLS, 1971).

A teoria coerentista explica que a dignidade deve ser respeitada desde que as crenças e culturas sejam razoáveis no que tange ao tratamento para com as pessoas.

Rawls também entende que os direitos humanos são universais e que a sociedade só adquire legitimidade se respeitar os direitos inerentes ao ser humano.

Já para Amartya Sen, dois são os princípios básicos da justiça:

> A. Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos. B. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: Primeira, elas devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. Segunda, elas devem ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade. (2011, p.89)

O primeiro Princípio, acima citado, é denominado de igualdade e liberdades. Este tem prioridade sobre o segundo, ou seja, “as liberdades que todos podem desfrutar não podem ser violadas, em razão, digamos, da promoção da riqueza ou renda, ou para uma melhor distribuição de recursos econômicos entre as pessoas”. (Sen, 2011, p.90).

A justiça como equidade estaria caracterizada na Lei Fundamental de um povo que, dentro de um Estado Democrático de Direito, pode eleger seus princípios de justiça visando formar a estrutura do ordenamento jurídico a regular os direitos e obrigações de todos.

Contudo, essa teoria é fortemente criticada por Amartya Sen, que encontra como problema insustentável o fato de que a teoria da justiça como equidade necessitar da escolha única de um conjunto de princípios, ou seja, que as pessoas, quando na posição original, elaborem os princípios da estrutura básica da sociedade com assentimento unânime. Em sua crítica chega a afirmar que:

> (...) Devo expressar um ceticismo considerável sobre a alegação altamente específica de Rawls sobre a escolha única, na posição original, de determinado conjunto de princípios para as instituições justas necessárias para uma sociedade plenamente justa. (...)
> (...) Se as instituições têm de ser criadas com base em um único conjunto de princípios de justiça, que emana do exercício da equidade, através da posição original, então a falta de um surgimento único não pode deixar de golpear a própria raiz da teoria. (SEN, 2011, p. 86-87).

Sobre o segundo princípio, a primeira parte corresponde ao compromisso “institucional de garantir que as oportunidades públicas sejam abertas para todos, sem

que ninguém seja excluído ou prejudicado" por qualquer motivo. Já a segunda parte, se refere a "equidade distributiva, bem como com eficiência global, e assume a forma de fazer com que os membros da sociedade em pior situação sejam beneficiados tanto quanto possível". (Sen, 2011, p.90)

A população mundial vive sob uma imensa desigualdade em todos os aspectos fundamentais, talvez pela má distribuição de renda que afeta grande parte da humanidade, fazendo com que o crescimento da marginalização aumente de forma desenfreada, ferindo diretamente a dignidade dessas pessoas.

O direito à moradia é um direito social e se enquadra na segunda dimensão dos direitos fundamentais. Direito de cunho prestacional e de ação positiva por parte do Estado. Os direitos de segunda dimensão também podem ser considerados uma classificação do princípio da justiça social, além de estarem direitamente ligados as reivindicações das classes menos favorecidas (SARLET, 2009, p. 48).

A ação positiva do Estado, se refere a promoção por parte do ente público, ou seja, cabe a esse efetivar a lei positivada, nesse caso proporcionar aos menos favorecidos uma moradia digna.

Nem todos possuem o privilégio de ter um lar com o mínimo de condições para a sua existência e o seu conforto, mesmo que ela tenha sido assegurada nas promessas do Estado Social, desde o início do século passado, conferindo a ele o dever de fixar normas, regras e implantar programas que garantam este direito (GAZOLA, 2008).

Conceituar moradia é basicamente dizer que é a casa onde se vive, o abrigo, o lar. Se deve lembrar que o direito à moradia está no rol dos direitos de segunda geração ou segunda dimensão e também no texto constitucional, desta forma se faz necessária a obrigação do estado em garantir ao povo a moradia digna, afinal o direito à moradia, e ao lar digno é tratado e tido como muito importante desde a era primitiva. As sociedades gregas e italianas, onde o direito à moradia e propriedade era algo inviolável e de direito de todos, algo sagrado, adorado e protegido pelos deuses, existindo para eles o deus da família onde este queria que todas as famílias possuíssem moradia fixa (COULANGES, 2007).

A Organização das Nações Unidas destaca ser necessária a segurança jurídica para a posse, a disponibilidade de infraestrutura básica a garantir condições saudáveis de habitabilidade, o acesso a outros serviços sociais essenciais e o respeito à identidade da população (SARLET, 2009).

O conceito aqui abrange o direito à moradia adequada, definido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), o

qual emitiu o comentário Geral n°4, onde estabeleceu os elementos necessários para que o direito à moradia adequada e digna seja satisfeito. Veja-se:

> SEGURANÇA DA POSSE: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças. DISPONIBILIDADE DE SERVIÇOS, MATERIAIS, INSTALAÇÕES e INFRAESTRUTURA: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não tem água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo. ECONOMICIDADE: a moradia não é adequada, se os seus custos ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes. HABITABILIDADE: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde. ACESSIBILIDADE: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos favorecidos e marginalizados não são levados em conta. LOCALIZAÇÃO: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas. ADEQUAÇÃO CULTURAL: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural (UNITED NATIONS, 1991) Brasil, (2013, p.13)

Para o autor Ingo Wolfgang Sarlet, não se pode confundir o direito à moradia com o direito de propriedade, muito embora a propriedade possa servir de moradia ao titular e que, para além disso, a moradia, na condição de posse, acaba por expressa previsão constitucional e em determinadas circunstancias assumindo a condição de pressupostos para a aquisição de propriedade (como ocorre no usucapião constitucional), atuando, ainda como elemento indicativo do cumprimento da função social da propriedade. O direito à moradia, convém frisá-lo, é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto de princípios. Como direito autônomo, a definição do conteúdo do direito à moradia não pode, de modo especial por força da sua vinculação à dignidade da pessoa humana, prescindir de parâmetro qualitativo mínimo para uma vida saudável (2009).

Além disso, considerado como elemento necessário ao mínimo existencial para a vida com dignidade, o direito à moradia confunde-se, muitas vezes com o próprio direito de propriedade e por vezes, com o direito à posse. De igual modo, o direito à moradia comporta concepções restritas que o limitam como o direito a um albergue para passar a noite. Ou, de outro lado, pode-se concebê-lo de modo mais amplo, almejando o direito de morar em imóvel servido plenamente por serviços públicos e com acesso a bens jurídicos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Para Ingo Sarlet, o direito à moradia possui as perspectivas: a) de direito de defesa, à medida que pode ser invocado diante de uma ordem de despejo; b) como direito à criação de normas, para regulação de direitos ou estabelecimento de políticas públicas; e c) como direito social prestacional, ligado à noção de mínimo existencial para uma vida com dignidade. Além do sentido social, tanto

propriedade e moradia, detém essencial perspectiva ambiental. Moradia e propriedade não se equivalem, por ser a propriedade apenas uma das formas de assegurar a moradia. Em segundo lugar, quando se fala em moradia, a referência é sempre a um local de habitação que proporcione o bem viver, com dignidade (SARLET, 2009).

A moradia é uma necessidade básica do indivíduo, enquanto ser humano e cidadão de direito. O ser humano, por si só, vive cercado de necessidades, podendo ser elas sociais, profissionais, de reconhecimento pelos demais, dentre outras, que vão recebendo importância a partir do momento que ele se firma e se estrutura na sociedade.

Com tantas idealizações e positivação de leis a respeito do direito à moradia seria errôneo afirmar que o direito à moradia é um direito absoluto.

Mesmo tendo o cidadão o direito a uma prestação existencial mínima, decorrente do direito à vida, isto não implica que ele possa entrar com uma ação contra o Estado exigindo este direito, pois mesmo que o direito seja reconhecido não é possível impor ao ente público o dever de realizá-lo, tendo em vista que o Estado possui em grande espaço de discricionariedade, ou seja existem muitos direito fundamentais a serem cumpridos, mesmo que nenhum desses direitos e deveres gozam de prioridade (SARLET, 2009).

Cabe demonstrar a visão de Robert Alexy, no que se refere às prioridades de execução por parte do ente estatal: a teoria do sopesamento seria muito conveniente neste caso, tendo em vista que ela serve para verificar qual direito fundamental deve ser atendido com prioridade. Se fala em colisão de direitos fundamentais, pois aquilo que se colide é aquele direito que está causando conflito, não podendo confundir direito fundamental que é dotado de dever, interesse, colisão, com princípio onde este restringe a possibilidade jurídica de realização do outro (ALEXY, 2008, p. 95).

Embora a Constituição Federal assegure o direito à moradia como um direito fundamental, é visível em praticamente todas as cidades brasileiras perímetros que inexiste a moradia digna, talvez porque aquela moradia foi adquirida por uma invasão irregular e consequentemente a omissão estatal fez com que o ordenamento jurídico não fosse cumprido.

O direito à moradia é um bem jurídico fundamental ao qual todo ser humano faz jus, ficando impedido o Estado ou terceiros agredir este bem. Nos ditames de Ingo W. Sarlet, o direito à moradia exerce simultaneamente a função de direito de defesa e de prestações, incluindo tanto prestações de cunho normativo, quanto material (fático) e, nesta dupla perspectiva, vinculada as entidades estatais e, em princípio, também os particulares.

Embora trata-se de direito fundamental essencial, verifica-se que o direito à

moradia somente passou a constar expressamente no texto constitucional a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

A Lei Federal nº 11.977/2009, especificamente em seu artigo 46, define regularização fundiária como o "conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado".

O direito à moradia também está relacionado com o princípio do mínimo existencial, tendo em vista que este é um princípio que serve como base para a existência humana, disciplinando sobre aquelas premissas básicas para que possa existir vida digna. Esta incluído, na Constituição de 1988, em seu artigo 6º. Trata-se de direito essencial para uma vida digna, abarcando o direito ao trabalho, salário-mínimo, alimentação, vestimenta, lazer, educação, moradia, férias, água, luz, etc. Por isso se deve dizer que o princípio do mínimo existencial está ligado à ideia de justiça social, sendo estes direitos positivados pelo estado democrático, conhecidos como direitos de segunda dimensão.

Não deixar alguém sucumbir por falta de alimentação, abrigo ou prestações básicas de saúde certamente é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mesmo que não seja apenas isso que cumprirá com as necessidades do ser humano (SARLET, 2013).

A teoria de Justiça de John Rawls diz que a exclusão dos mais pobres da sociedade e o auxilio que estes devem receber dizem respeito ao Estado, pois acredita que sem o mínimo para a subsistência a dignidade da pessoa humana está sendo diretamente atingida, pois o mínimo existencial para uma vida digna deve ser executado, não pode simplesmente ficar esperando o Estado ter reserva financeira suficiente para que este dever por parte dele seja executado.

O artigo 25 da Declaração da Organização das Nações Unidas, de 1948, também traz a importância do direito ao mínimo existencial, o que está implicitamente incluso o direito a moradia digna, pois não há como não afirmar que ela faz parte do mínimo existencial.

O ser humano não pode deixar de ter as condições básicas para a sua sobrevivência, como a moradia, a saúde, a educação, etc, eis que está resguardado na Constituição Federal de 1988, no rol dos direitos fundamentais. Desta forma o a aplicabilidade destes direitos devem ser imediatas, mesmo que ainda não tenham sido

regulamentado pelas políticas públicas, exemplo é a questão do direito à moradia que possui muita vagueza dentro do texto constitucional, tendo que vista que este direito é fundamental para a existência humana (SARLET, 2009).

O Estado depende do direito para atingir os seus objetivos, sendo assim os particulares podem usar também o direito para atingirem seus objetivos, podendo assim efetuar mudanças na sociedade (NERY, 2013).

A Política pública é uma forma de aplicabilidade de direitos e deveres políticos e jurídicos de forma finalística e condicionada, não trazendo nada de novo, apenas evoluindo e criando articulações conforme as necessidades da sociedade (HABERMAS, 2002).

A política pública passa a existir quando existe um discurso que segue as demandas sociais, materialização dos direitos fundamentais e a tentativa de modificação consciente da sociedade (RECK, 2013).

A intervenção da Administração Pública na propriedade, quanto as limitações administrativas, desapropriações, loteamentos, regularização de áreas públicas invadidas, dentre outros, levando aos casos práticos a efetividade da lei, visando sempre a dignidade humana, mas lembrando da importância do meio ambiente, proteção do patrimônio histórico e cultural.

O direito à propriedade faz parte dos direitos naturais do homem, independente da existência do Estado, pois no direito romano clássico a propriedade era desfrutado pelo direito privado e não público, através da utilização da mesma para o desenvolvimento do trabalho e do sustento familiar (BOBBIO, 2001).

A propriedade dentro do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, é um direito inviolável e sagrado e imprescritível, o que posteriormente gerou muitas criticas por parte dos socialistas, os quais caracterizaram como Revolução burguesa (BOBBIO, 2015).

O direito de propriedade é derivado do trabalho individual, ou seja ela já existia e se desenvolveu muito antes do Estado de direito (LOCKE, 2004).

A constituição de um estado representa a organização do poder do Estatal, transformando esse em uma sociedade não individualista. Nesse contesto podemos dizer que o direito à moradia descrito no artigo 6º da Constituição Federal brasileira trata do direito à moradia de forma a atender a necessidade da sua sociedade, cumprindo com os direitos sociais fundamentais (HEGEL, 1989).

O objetivo da justiça é a estrutura básica da sociedade, observando o aspecto distributivo dessa estrutura, onde todos possuem direitos e com a efetividade da justiça

esses direitos são atendidos.

Morar irregularmente significa estar exposto à insegurança constantemente; por esse motivo, além de um direito social, podemos dizer que a moradia regular é condição para a realização integral de outros direitos sociais previstos na constituição, como o trabalho, o lazer, a educação e a saúde.

O Brasil é um dos países em que uma grande parte da população vive em condições inadequadas, casas impróprias para uma vida digna, subempregos, loteamentos irregulares, falta de um atendimento educacional e de saúde adequados para suprir todas as necessidades do ser humano (SOUZA, 2008).

Entre 1940 e 1980 a população total do Brasil triplica e a população urbana aumenta sete vezes e meia. A população brasileira que era na maioria agrícola passou a ser urbana. O aumento da população, o aumento do consumo da classe média e dos pobres e os sistemas extensivos de crédito serviram como impulsão à expansão industrial. (SANTOS, 1993, p. 29-37)

As diferenças regionais de formas e de conteúdo da urbanização devem ser analisadas do passado até o presente, a fim de se entender o movimento do território. Um povoamento assentado sobre estruturas sociais arcaicas atua como freio às mudanças sociais e econômicas, acarretando o retardo da evolução técnica e material e desacelerando o processo de urbanização. (SANTOS, 1993, p. 61-63)

O número de habitações irregulares e inadequadas cresce de forma muito rápida no Brasil, nas últimas décadas, afirmação dada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, (IBGE), conforme o censo de 2010.

Em 2010, o Brasil tinha 15.868 setores em aglomerados subnormais (cerca de 5% do total de setores censitários), que somavam uma área de 169,2 mil hectares e comportavam 3,2 milhões de domicílios particulares permanentes ocupados nos 6.329 aglomerados subnormais identificados. Para ampliar o conhecimento da diversidade dos aglomerados subnormais do país, foi realizado no Censo Demográfico 2010 e, pela primeira vez, o Levantamento de Informações Territoriais (LIT). O conhecimento dos aspectos territoriais dos aglomerados subnormais é importante complemento à caracterização socioeconômica dessas áreas. O LIT mostrou que 52,5% dos domicílios em aglomerados subnormais do país estavam localizados em áreas predominantemente planas (1.692.567 domicílios), 51,8% tinham acessibilidade predominante por ruas (1.670.618 domicílios), 72,6% não possuíam espaçamento entre si (2.342.558) e 64,6% tinham predominantemente um pavimento (2.081.977).

O censo constatou que mais de cinco milhões de moradias dignas devem ser

oferecidas no Brasil e que a população que mais sofre são as famílias com a renda máxima de três salários-mínimos mensais.

As invasões irregulares acontecem por parte das pessoas que migram do campo para a cidade em busca de uma vida melhor, mas acabam se deparando com a triste realidade da “cidade grande”, falta de emprego, discriminação, falta de instrução para competir com a mão de obra qualificada e exigências do mercado de trabalho. Com isso as opções se esgotam e a alternativa é buscar um meio barato para moradia. Acabam invadindo áreas devolutas para estabelecerem seus lares. Ocorre que nestas áreas invadidas as condições de moradia são precárias. Não proporcionam o mínimo de dignidade. Falta de saneamento básico, atendimento de energia e água potável encanada, atendimento de correios, etc. Cabe salientar que a ideia de Dignidade Humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude pertencer a condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado (SARLET, 2009, p. 100).

Tendo em vista ser a falta de dinheiro e de oportunidade as causas das invasões de áreas públicas, cabe citar os ditames de Amartya Kumar Sen, ensinando que a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação de pobreza. A perspectiva de pobreza como privação de capacidades não envolve nenhuma negação de ideia sensata de que a baixa renda é claramente uma das principais causas da pobreza, pois a falta de renda pode ser uma razão primordial da privação de capacidade de uma pessoa (2007, p. 109)

Os problemas ambientais não podem ser esquecidos quando ocorrem essas invasões e construções de moradias irregulares pois dentro do ordenamento jurídico brasileiro o direito à moradia digna e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações são direitos fundamentais, dispondo-se que é facultado ao Poder Público conceder o uso especial da propriedade quando se tratar de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais.

Vistas essas premissas teóricas, cumpre analisar quais os mecanismos legislativos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro para possibilitar o acesso à moradia digna.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À REGULARIZAÇÃO DE ÁREAS INVADIDAS

Conforme exposto acima, verifica-se que as moradias irregulares são grave

problema da sociedade contemporânea, situação que implica na negação da realização dos direitos fundamentais. Nesse contexto, cumpre sejam analisados os diplomas legais existentes que possibilitem seja sanado tal problema.

Inicialmente, pode-se referir a Medida Provisória nº. 2.220/2001, tratando da concessão de uso especial de imóvel público para fins de moradia. Trata-se, portanto de uma espécie de usucapião que não acarreta a aquisição da propriedade, mas sim da "concessão de uso especial para fins de moradia". O pedido pode ser feito administrativamente pelo interessado, e nesse caso, a administração pública possui o prazo de doze meses para apreciá-lo, a contar da data do protocolo do requerimento. Havendo recusa ou omissão administrativa, o pedido poderá ser feito judicialmente.

Em seu artigo 5º dispõe que é facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:

> I - de uso comum do povo;
>
> II - destinado a projeto de urbanização;
>
> III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais;
>
> IV - reservado à construção de represas e obras congêneres; ou
>
> V - situado em via de comunicação.

A lei é uma concepção de justiça que demonstra a necessidade da interferência Estatal para o cumprimento das obrigações para com o cidadão, mesmo que ela exija critérios públicos para a ação do Estado. A regularização fiduciária, nesse contexto, é uma forma de política pública para o tratamento de áreas ocupadas irregularmente (PRATES, 2006). Assim, deve ser analisada a Lei 6.766/79, dispondo sobre a regularização fundiária e o parcelamento do solo urbano.

De qualquer forma não é porque uma área pública foi invadida que o Estado deve regularizá-la a qualquer custo, sem observar as condições para tal efetividade. A regularização fundiária, em termos gerais, pode ser compreendida como sendo o processo que inclui medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, com a finalidade de integrar assentamentos irregulares ao contexto legal das cidades. Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal, observando as condições do terreno, se é uma área de solo resistente, possibilidades geográficas, etc, conforme a Lei 6.766/1979 em seu artigo 3º, onde trato do parcelamento de solo urbano.

Tendo em vista a necessidade da moradia digna, o legislador pátrio flexibilizou

muito a defesa do meio ambiente, aplicando o que a doutrina jurídica chama de “princípio da cedência recíproca”, ou seja, o Estado deve proporcionar um direito social, mas não pode esquecer do impacto que tal ato acarretará à coletividade, assim como o crescimento desordenado da cidade, falta de escola pública para atender a demanda de assentados, saúde pública suficiente, contaminação de lençol freático, coleta de lixo, etc. A busca pela moradia em invasões de terras devolutas e a posterior necessidade de regularização destas acabam sendo omitidas pelo Poder Público, os malefícios são muito grandes para a população invasora, assim como para as que vivem naquela redondeza, pois, querendo ou não, a falta de ordem, saneamento e outras necessidades básicas acaba gerando contaminações e trazendo doenças para quem nela vive. Há, ainda, a desvalorização imobiliária das moradias vizinhas, insegurança, “sonegação” de diversos tributos.

A perda que o Município possui em se omitir com o cumprimento de tal obrigação é muito grande, tendo em vista ser o único legitimado e competente a promover regularização das áreas públicas invadidas, conforme artigo 30 da Constituição Federal de 1988.

Contudo, mesmo que o Município seja o principal legitimado a executar as regularizações de áreas invadidas, esse necessita, em alguns casos, do aval do Estado-Membro ao qual pertence a autorização para as causas descritas no artigo 13, I, II, III, da Lei 6.766/79.

O artigo 53 da Lei supramencionado dá poderes ao Município para fazer uma análise de interesse em regularizar a área invadida. Será feito um licenciamento urbanístico do projeto de regularização fundiária de interesse social, bem como licenciamento ambiental, se o Município tiver conselho de meio ambiente e órgão ambiental capacitado, caso não tenha ao Estado-Membro se transferirá a competência.

O § 1º do artigo 54 permite ao Município regularizar assentamentos em área de preservação permanente, desde que a mesma tenha sido ocupada até 31 de dezembro de 2007 e reconhecida na área urbana, desde que o estudo ambiental comprove que será melhor a regularização naquele local do que permanecer da forma em que se encontra.

Após breve explicação dos artigos de lei acima comentados, entende-se que o Estado, quanto às regularizações fundiárias, possui competência auxiliar, subsidiária, no sentido de sugerir, orientar, mas nunca de decidir, pois esta é competência exclusiva do Município, cabendo a ele detectar todas os problemas de solo e sociais a serem resolvidos em seu espaço geográfico.

Um assentamento irregular dentro de uma área municipal, traz consequências muito tristes para a realidade daquela população. Assim, quando uma invasão irregular passa a ser parte do mundo jurídico daquela extensão geográfica, os reflexos positivos são muitos, tais como;

- um bairro oficial, na área urbano do Município;

- possível tributação;

- instalação de equipamentos básicos, como creches, escolas, postos de saúde;

- reflorestamento ambiental da área degredada;

- coleta seletiva de resíduos;

- parceria com ONGs, fundações para possíveis auxílios e orientações em dificuldades encontradas pelas pessoas daquele local;

- aumento da arrecadação tributária;

- valorização imobiliária daquela região, etc.

Nos artigos de lei supramencionados o direito à moradia digna e à justiça como equidade de John Ralws estão diretamente ligadas, tendo em vista que o planejamento de um município ou de um Estado-membro deverá ser colocado em prática para que os interesses sociais sejam alcançados.

O planejamento urbano deve ser estrategicamente pensado e programado ligando uma série de serviços e orçamentos que devem ser prestados com eficiência a todos os bairros de uma cidade, dentro dos limites financeiros, de modo a atingir e garantir todas as necessidades do bem-estar social. Com esse planejamento e organização o cumprimento do compromisso do ente público para com as pessoas de baixa renda será atendido evitando assim as invasões de áreas públicas, loteamentos clandestinos, dentre outros problemas urbanísticos (DIAS, 2012).

O Estatuto da Cidade, em seu artigo 2º, incisos VI e XIV, estabelece, ainda, como diretrizes da política urbana a ordenação e controle do uso do solo urbano, o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, para a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda.

É imprescindível, ainda, a participação do Ministério Público, como instituição em si essencial e defensora constitucional dos interesses sociais, garantindo-se, com a efetividade de sua participação, a solução para grande número de situações existentes,

muitas vezes envolvendo crianças que vivem em condições sub-humanas, expostas a todo momento aos riscos de contaminação por doenças infecciosas.

O programa regulado pela Lei 11.977/2099, posteriormente alterada para a Lei 12.424/2011, conhecido como “Minha casa, minha vida”, visa a atender esta triste demanda que afeta o país.

Atende às pessoas de baixa renda, proporcionado a obtenção de financiamento para construção de sua casa, com o intuito de melhor a vida destas pessoas e fornecer a elas uma vida digna, através do fruto do seu trabalho. O programa atende pessoas que ganham no mínimo 1.395,00 (mil, trezentos e noventa e cinco reais), o valor atualizado não pode ultrapassar 3 (três) salários-mínimos. Também atende com prioridade as pessoas que vivem em área de risco ou insalubres ou que tenham sido desabrigadas.

A referida lei também visa a regularização de áreas invadidas, com a Regularização Fiduciária que pode ser promovida pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, ou até mesmo pelos maiores interessados individual ou coletivamente, cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organização da sociedade civil de interesse público, etc, desde que tenham interesse no desenvolvimento urbano desde que as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei, observando também as condições para promover a segurança da população em situações de risco.

A realização de obras de implantação de infraestrutura básica e de equipamentos comunitários pelo poder público, bem como sua manutenção, pode ser realizada mesmo antes de concluída a regularização jurídica das situações dominiais dos imóveis.

O poder público responsável pela regularização fundiária de interesse social poderá lavrar auto de demarcação urbanística, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização da ocupação.

CONCLUSÃO

Quando se fala de invasões de áreas públicas, muitas vezes não se pensa o que esse ato pode ocasionar de ruim para a vida das pessoas que se encontram naquela situação irregular. Através do estudo pode-se dizer que a justiça com equidade do filósofo John Rawls é capaz de demonstrar que os direitos são iguais para todos e que o direito de um pode ser diminuído se for para favorecer alguém que possui uma necessidade ainda maior.

Com a efetivação das leis, decretos, estatutos, etc a justiça distributiva seria aplicada e o planejamento urbano iria de encontro com as necessidades habitacionais e as necessidades humanas.

A positivação das leis não é o necessário para que a justiça distributiva seja aplicada nesse caso de invasão irregular, é necessário a efetivação destas leis através do interesse público, assim como o reconhecimento por parte do Estado de que as pessoas são dotadas de dignidade humana e direitos fundamentais, no caso em tela, o direito à moradia digna.

Nesse presente artigo chega-se à conclusão que a justiça distributiva de Rawls é a forma ética e viável para garantir o direito à moradia da população mais necessitada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015, p. 512.

BITTAR, Eduardo C. B. A justiça em Aristóteles, Editora Forense Universitária, 1999. p 130

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004, p. 88.

COULANGES, Fustel. A cidade Antiga. Tradução Jean Melville, editora Martin Claret, São Paulo, 2007.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista do Ministério Público do Estado do Pará. Ano V. Volume I. Belém: gráfica e editora Liceu Ltda., 2010, p 65 – 76.

GAZOLA, Patricia Maques. Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática, Editora Forum, Belo Horizonte, 2008.

HABERMAS Jurgen. Agir comunicativo e razão destranscendentalizada. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002.

HEGEL. Constituição em Hegel, São Paulo, Editora da Unesp/Brasiliense, 1989, p. 95

HOBBES, Thomas. XII, 7, 1959, p. 141

IPEA, Conforme Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio de 2012, 2013, p. 3

LOCKE, John. O segundo tratado de governo, LI, 1, p. 287

NERY, Rogério Luiz da Silva e Andressa Francaro Carvalho, - O Estado e o direito: as políticas públicas sociais e a inclusão do outro. Níveis de efetivação dos Direitos Fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Editora Unoesc, Joaçaba –

SC, 2013

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RECK, Janriê Rodrigues, Observação pragmático sistêmica das políticas públicas, Rio de Janeiro, editora Forense, 2003, p. 387.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Dignidade humana, mínimo existencial e jurisdição constitucional. Níveis de efetivação dos Direitos Fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Editora Unoesc, Joaçaba – SC, 2013, p. 314 e 320

SARLET, Ingo. Eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 331;

SANTOS, Milton. A urbanização Brasileira. São Paulo. Editora HUCITEC Ltda., 1993.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. Direito à moradia e habitação: analise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2ª. ed. São Paula: RT, 2008

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais_informacoes_territoriais/default_informacoes_territoriais.shtm

http://www.caixa.gov.br/downloads/habitacao-minha-casa-minha-vida/legislacao_fgts.pdf/Lei 12.424/2011, acessado em 27 de setembro de 2015.

Artigo 5º. Medida Provisória n. 2.220 de 04 de setembro de 2001, e artigo 225 da Constituição Federal de 1988.