



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito

Armando Miranda Filho

**EXISTE SOLUÇÃO JUSTA PARA O CASO DO
JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO?**

Brasília
2013

Armando Miranda Filho

**EXISTE SOLUÇÃO JUSTA PARA O CASO DO
JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO?**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

Brasília
2013

Armando Miranda Filho

**EXISTE SOLUÇÃO JUSTA PARA O CASO DO
JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO?**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCeub, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Brasília-DF, de de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho
Orientador

Prof. Dr.
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr.
Membro Externo

MIRANDA FILHO, Armando.

Existe solução justa para o caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro? / Armando Miranda Filho.
-- 2013.

131 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário de Brasília. Programa
de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

1. Direito à moradia. 2. Políticas Públicas. 3. Justiça. 4. Norma jurídica e realidade social. 5.
Sociologia do Direito. I. Título.

CDU:

O amor só pode ser genuíno quando acompanhado de compreensão e tolerância. *Pequena, meus pensamentos estão sempre em você!*

A materialização do amor completo e sem causa conheci com Barbara, razão de cada palavra lançada, de cada gesto e de cada decisão tomada no trilhar da vida. *Filha, bem-vinda ao mundo!*

AGRADECIMENTOS

O crescimento intelectual emerge a partir da inquietação, do desconforto, e de inúmeros *por quês*, expressão que à vida confere sentido e robustece a busca pela justiça, ainda que todas as dúvidas e incertezas não sejam resolvidas. Roberto Freitas Filho, de quem fui aluno no curso de mestrado e parceiro no grupo de pesquisas sob sua coordenação – Hermenêutica e Políticas Públicas, intensificou em mim a avidez pelos *por quês*. Ao mestre, meu sincero *obrigado!*

Pelo incentivo, pelas horas e horas de longas conversas e debates, pela colaboração inestimável com suas provocações, agradeço ao meu colega de profissão e grande amigo, Guilherme Francisco Alfredo Cintra Guimarães. *Muito obrigado!*

Aos colegas da equipe de trabalho a qual pertenço, nas pessoas de Marcelo Azevedo de Andrade e Daniel Pais da Costa, que mantiveram extrema compreensão e serenidade durante o tempo em que me dedicava às leituras e à compilação de dados que me auxiliassem nesta pesquisa, ao passo que tarefas do dia-a-dia tiveram que esperar. *Grato por tudo!*

Ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nas pessoas de Guilherme Estrada Rodrigues e Walter Baere de Araújo Filho, pela viabilização de meu ingresso no curso de mestrado e pela crença no trabalho que me propus a desenvolver com o estudo desse complexo caso que a todos nos aflige.

RESUMO

Esta dissertação objetiva analisar o caso do Jardim Botânico da cidade do Rio de Janeiro, onde, ao longo do tempo, se instalou a Comunidade do Horto, por meio de ocupações consolidadas em área da União Federal. A questão encontra-se judicializada a partir de diversas ações de reintegrações de posse ajuizadas pela União nos anos 1980. Serão abordadas as políticas de gestão de imóveis da União e o seu processo contínuo e gradativo de mudança paradigmática nas últimas duas décadas, com particular ênfase nas áreas que possuem ocupações consolidadas com moradias instaladas. A complexidade das relações entre os mais diversos atores institucionais envolvidos permite uma abordagem voltada para a percepção, no campo da realidade, de como o direito à moradia deve (ou pode) se materializar frente à compreensão de argumentos tradicionais do direito, a partir de uma análise politológica. Situa-se o tema, portanto, no campo da efetividade dos direitos, entre a norma jurídica e o fato social.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Direito à moradia. Justiça. Politologia. Comunidade do Horto. Jardim Botânico do Rio de Janeiro.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the case of the Botanical Garden of the city of Rio de Janeiro, where, over time, had been installed the Community of Horto, through occupations consolidated in Federal Government's area. The issue is prosecuted from various lawsuits authored by the Federal Government since 1980's. Will address the political and property management of the Federal Government and its ongoing process of gradual paradigm shift in the last two decades, with particular emphasis on areas that have occupations consolidated housing installed. The complexity of the relationships among the various institutional actors enables a focused approach to the perception, in the field of reality, such as the right to housing should (or can) materialize arguments against the traditional understanding of law, from a politological analysis. Lies the issue, therefore, in the field of materializing rights, between the rule of law and the social fact.

Keywords: Public policies. Right to housing. Justice. Politology. Slum of Horto. Botanical Garden of Rio de Janeiro.

LISTA DE FIGURAS

- FIGURA 1** - Gráfico relativo à evolução do número de moradias da Comunidade do Horto (RJ) no tempo.....77
- FIGURA 2** - Gráfico de renda familiar dos moradores da Comunidade do Horto (RJ)78
- FIGURA 3** - Gráfico relativo ao tempo de existência das moradias dos habitantes da Comunidade do Horto (RJ)79

LISTA DE MAPAS

MAPA 1 -	Limites e área total pertencente à União onde se situa o Jardim Botânico do Rio de Janeiro e a Comunidade do Horto (RJ).....	16
MAPA 2 -	Imagem de satélite da região do Jardim Botânico, destacando as edificações e instalações inseridas na área pública da União.....	66
MAPA 3 -	Moradias da Comunidade do Horto (RJ) e instituições.....	76
MAPA 4 -	Proposta conjunta de regularização fundiária inicialmente encaminhada em conjunto por órgãos do governo federal.....	101
MAPA 5 -	Configuração da área segundo a última decisão anunciada pelo governo federal.....	105

LISTA DE SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União

AMAHOR – Associação de Moradores e Amigos do Horto Florestal

AMAJB – Associação dos Moradores e Amigos do Jardim Botânico

APP – Área de Preservação Permanente

CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal

CDRU – Concessão de Direito Real de Uso

CUEM – Cessão de Uso Especial para Moradia

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

IPJBRJ – Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro

ITERJ – Instituto de Terras do Estado do Rio de Janeiro

LIGHT – Light Serviços de Eletricidade S/A

MMA – Ministério do Meio Ambiente

MP – Medida Provisória

MPF – Ministério Público Federal

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

ONU – Organização das Nações Unidas

PNGPU – Plano Nacional de Gestão do Patrimônio da União

SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados

SPU – Secretaria do Patrimônio da União

TCU – Tribunal de Contas da União

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

LISTA DE FIGURAS.....	11
LISTA DE MAPAS.....	12
LISTA DE SIGLAS.....	13
PARTE I – ESTRUTURA DA PESQUISA	
CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO	
1.1. O problema.....	16
1.2. O objeto investigado.....	20
1.3. A hipótese.....	24
1.4. Justificativa do tema.....	26
1.5. Objetivos.....	30
1.6. Estrutura do texto.....	30
CAPÍTULO 2 – OS CONCEITOS EMPREGADOS E A TEORIZAÇÃO DOS ARGUMENTOS	
2.1. Introdução.....	33
2.2. O pensamento sistemático no direito administrativo e suas perspectivas atuais.....	34
2.3. A CCAF e a questão da litigância intragovernamental.....	42
2.4. A questão do interesse público.....	44
2.5. Políticas públicas.....	48
2.6. Paradigma.....	50
2.7. A questão da justiça.....	56
CAPÍTULO 3 – CONTEXTUALIZANDO OS FATOS	
3.1. O Caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro.....	65

3.2. As visões paradigmáticas na gestão do Jardim Botânico.....71

3.3. A Comunidade do Horto.....76

PARTE II – A PRÁTICA

CAPÍTULO 1 – AS POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONAIS DE GESTÃO DE ÁREAS DA UNIÃO

1.1. A Secretaria do Patrimônio da União.....80

1.2. A CDRU como instrumento de realização de políticas públicas de moradia em áreas da União.....86

1.3. Análise dos argumentos.....91

1.3.1. Parecer n. 1011/5.4.7/2011.....92

1.3.2. Parecer n. 0553/5.4.7/2012.....94

1.3.3. Parecer n. 0299/5.4.7/2011.....95

1.3.4. Parecer n. 0815/5.4.6/2012.....97

1.4. Observações finais.....98

CAPÍTULO 2 – A INTERAÇÃO DOS DISCURSOS NO CASO DO JARDIM BOTÂNICO

2.1. Introdução.....100

2.2. Os discursos nos processos.....105

2.3. Processo n. 2005.51.01.008835-7: Ação de reintegração de posse ajuizada pela União.....107

2.4. Processo n. 2003.51.01.027485-5: Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal.....111

2.5. Processo n. 00.0932754-1: o Caso Gracinda – ação de reintegração de posse ajuizada pela União.....113

2.6. O Caso Gracinda no Tribunal de Contas da União.....115

CONCLUSÃO.....124

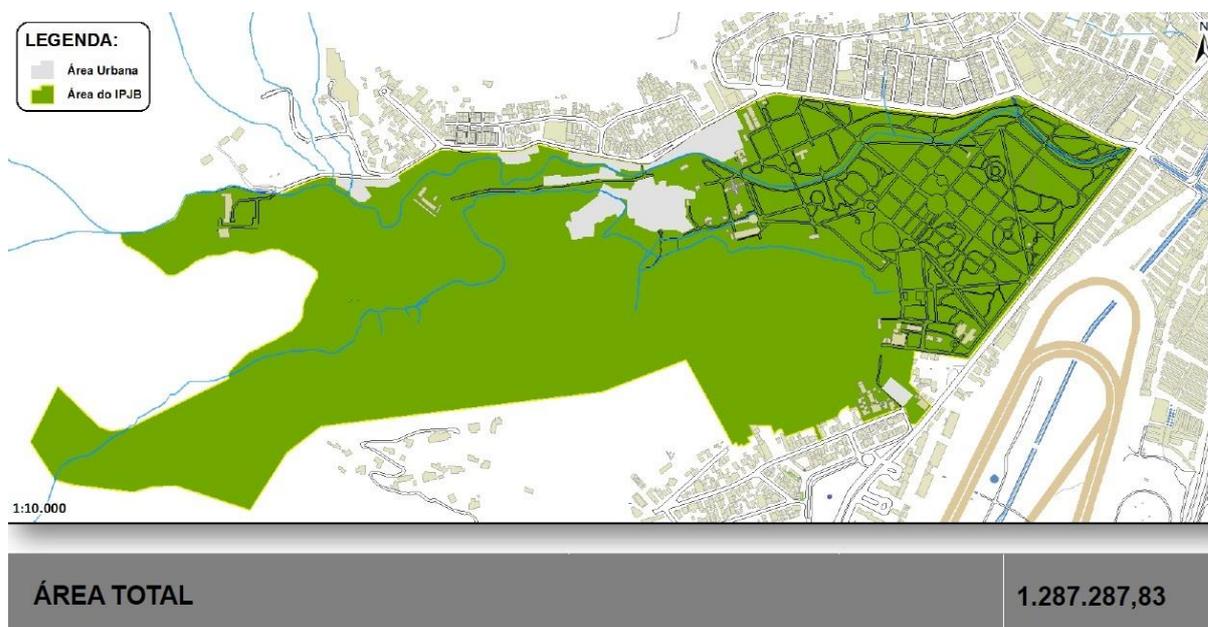
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....128

Parte I – Estrutura da pesquisa

Capítulo 1. Introdução

1.1. O problema

Investigaremos, neste trabalho¹, o problema relativo à Comunidade do Horto, na cidade do Rio de Janeiro, que é formada por pouco mais de seis centenas de moradias situadas dentro dos limites de propriedade da União Federal onde também fica o Jardim Botânico do Rio de Janeiro, além de outras edificações² públicas e privadas. Pequena porção da área total do terreno possui moradias edificadas (a maioria em alvenaria) e vias as com razoáveis níveis de urbanização (ruas identificadas e em grande parte calçadas, bem como iluminação pública), ao passo que a maior parte do terreno é compreendida por mata nativa de encosta, bem como pelas estruturas relativas às áreas de visitação e ao próprio funcionamento do parque Jardim Botânico, que podem ser observadas à direita em mapa (1).



Mapa 1 – Perímetro relativo à área da União (em m²). Em cinza, as áreas com edificações consolidadas.

¹ Dissertação do curso de *mestrado* na linha de pesquisa *direito e políticas públicas* do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB – Centro Universitário de Brasília.

² Não apenas habitações situam-se dentro dos limites estabelecidos para o Jardim Botânico e Horto Florestal. De acordo com Relatório da Comissão Interministerial criada pela Portaria n. 360-A, de 27 de dezembro de 2004, duas grandes edificações, onde funcionam *órgãos públicos*, estão inseridas na área: a) área de 21.000m², destinada à Central Elétrica Furnas por meio do Decreto n. 56.911, de 1965, onde atualmente funciona uma subestação da Light S/A, concessionária de energia elétrica; b) área de 26.800m², destinada ao Serviço de Processamento de Dados – SERPRO por meio do Decreto n. 62.551, de 1968. Além disso, segundo consta do mesmo relatório, funciona, dentro de área inserida no perímetro de propriedade da União, sem qualquer lastro contratual ou formal, a Escola Municipal Julia Kubitscheck. Relatório da Comissão Interministerial, de 22 de fevereiro de 2007. [Extraído do processo nº 90.0049294-7, em trâmite na 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro].

O terreno de propriedade da União possui área total de 1.287.287,83 m² situa-se na Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro, sendo parte da antiga Fazenda Nacional da Lagoa Rodrigo de Freitas. A área insere-se e articula-se no contexto urbano-ambiental circundante dos bairros Jardim Botânico, Alto da Boa Vista e Gávea, do Parque Nacional da Tijuca, do Parque Henrique Lage e da área de proteção do Ambiente Cultural da Vila do Algodão.

No que toca aos seus aspectos naturais, o terreno encontra-se quase que totalmente inserido na Bacia Hidrográfica do Rio dos Macacos, sendo marcado pela presença de montanhas e encostas íngremes com declividade acima de 45°, o que legalmente as caracterizam como áreas de proteção permanente³, bem como pela presença de formações montanhosas com declividade entre 25° e 45°, o que restringe a utilização nos termos da legislação de regência⁴.

O Instituto Jardim Botânico do Rio de Janeiro, autarquia federal, reúne oito mil espécies de flores e plantas do Brasil e do mundo, abrigando monumentos de grande valor histórico, artístico e arqueológico, bem como biblioteca especializada em botânica, com mais de 32.000 volumes⁵. Além das aleias ao ar livre para visitação ao jardim e de atrações como o arboreto, o jardim sensorial, os lagos Frei Leandro e Amazônico, bem como dos diversos monumentos (chafariz, Solar da Imperatriz, Casa dos Pilões), o parque mantém agenda com constantes atividades e eventos culturais e de educação ambiental no local, contando ainda com museu, cinema, biblioteca e espaço para eventos. Não por outras razões, a visitação ao Jardim Botânico tornou-se um dos principais roteiros turísticos da cidade do Rio de Janeiro e do país.

É latente que o Jardim Botânico consolidou-se com uma inegável importância social e cultural para a comunidade do Rio de Janeiro e para a própria identidade do povo carioca, já que se confunde com a própria história moderna da cidade, remontando sua existência desde a vinda de Portugal de D. João VI e de toda a nobreza portuguesa, em 1808. O Jardim também foi vetor fundamental no processo de ocupação e urbanização da Zona Sul da cidade, região que mistura favelas e prédios de alto padrão desde meados da década de 1960 e que se tornou extremamente valorizada pelo mercado imobiliário desde as últimas décadas do século 20.

³ Art. 4º, V, Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012: “Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei: (...) V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive”.

⁴ Art. 11, Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012: “Em áreas de inclinação entre 25° e 45°, serão permitidos o manejo florestal sustentável e o exercício de atividades agrossilvipastoris, bem como a manutenção da infraestrutura física associada ao desenvolvimento das atividades, observadas boas práticas agronômicas, sendo vedada a conversão de novas áreas, excetuadas as hipóteses de utilidade pública e interesse social”.

⁵ *Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro*. [Disponível em <http://www.jbrj.gov.br/>]. Acesso em 26/04/2013.

Nossos estudos, contudo, focam-se na Comunidade do Horto, situada nas áreas adjacentes ao parque que, nos últimos dois séculos, foram gradativamente ocupadas por moradias (muitas vezes em condições precárias), o que ensejou um alto grau de concentração urbana ao redor da área de visitação pública do Jardim Botânico, com a formação e a consolidação de vilas ou bairros dentro de área da União onde também funciona o parque.

A questão é antiga e são frequentes os discursos e as ações políticas ora em prol da retirada ora pela manutenção dos moradores no local. A fim de melhor compreender esses discursos e ações políticas, procuraremos destacar as visões paradigmáticas, adotadas ao longo do tempo, relativas às políticas de gestão e de utilização de toda a área, assim como relativas à legislação, o que faremos, respectivamente, no capítulo 3 da primeira parte do texto e no capítulo 1 da segunda parte da dissertação.

Por ora, cabe-nos adiantar que, nos primeiros 170 anos de funcionamento do Jardim Botânico, a existência de moradias e de outras estruturas edificadas dentro da área pertencente à União, estranhas ao objeto do parque, pareciam não incomodar o poder público ou interferir no bom funcionamento dos espaços de pesquisa e visitação.

Esse comportamento perdurou até meados da década de 1980, quando a presença das habitações começou a sofrer fortes impugnações, especialmente na esfera judiciária. Diante do alto crescimento do número de moradias verificado na década de 1970 e da constatação de que boa parte dos moradores não possuía quaisquer vínculos com a Administração Pública que juridicamente justificassem a permanência no local, a partir da segunda metade dos anos 1980 mais de duas centenas de ações judiciais de reintegração de posse⁶ foram propostas pelo poder público com o objetivo de retomar as áreas onde se localizam as habitações, mediante a remoção de seus moradores.

Algumas das referidas ações judiciais começaram a apresentar resultados práticos somente no início do século 21, tendo a Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro, em diversos processos, sentenciado a procedência dos pedidos e *determinado* o direito de a União ser reintegrada na posse dos imóveis localizados dentro da área do parque a ela pertencente. Em situações mais extremas – uma delas será dissecada em tópico próprio, na segunda parte desta dissertação – houve imposição judicial expressa para que a União cumprisse a decisão, mesmo tendo sido informado nos autos do processo judicial que soluções pacíficas para o caso das ocupações da Comunidade do Horto estavam sendo tratadas no âmbito administrativo pelos órgãos federais envolvidos, sob a articulação institucional da AGU.

⁶ Segundo dados do processo administrativo n. 00405.008207/2010-50, existem, em fases processuais distintas, 268 ações possessórias identificadas.

Nos últimos anos, em razão das constantes intervenções oriundas dos mencionados processos judiciais e, especialmente, com a aproximação dos Jogos Olímpicos que serão realizados na cidade em 2016, houve um acirramento desses discursos e a questão tomou corpo na agenda política dos três níveis de governo.

Assim sendo, o problema atualmente encontra-se submetido à esfera de várias instituições públicas dos três poderes e nos três níveis de governo. Na construção desta pesquisa, interessa-nos tratar o problema com uma abordagem voltada à atuação das instituições no plano federal. Por conveniência, nominamos essa complexa questão de “o caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro”.

A indagação constante do título desta dissertação (*existe solução justa?*) traz consigo carga de provocação que procura apresentar reflexões sobre a atuação desconexa de inúmeros atores públicos envolvidos em uma dada questão social e em que medida essas instituições públicas são capazes de entregar soluções aos problemas dos cidadãos, notadamente, em que níveis de justiça se dá a atuação do poder público no trato do plano concreto em casos tais que o ponto fulcral é a implementação de políticas públicas de Estado⁷, estrategicamente definidas ou não, frente a inúmeros fatores sociais e políticos que geram uma multiplicidade de interesses em torno da mesma questão concreta, praticamente impossibilitando a obtenção de resultados positivos em determinados casos.

Tudo isso é agravado pelo fator tempo que, não obstante ser comumente alijado ou colocado em segundo plano pelo discurso jurídico tradicional, influi de maneira determinante para o agravamento do problema e para o aumento dos níveis de tensão na população da Comunidade do Horto, mormente se se levar em conta que as visões paradigmáticas, sejam em relação à gestão de áreas da União quanto em relação ao conteúdo da legislação aplicável, passaram por intensas transformações nas últimas três décadas.

⁷ Não há critérios exatos definidos pela *literatura jurídica* brasileira acerca dos aspectos jurídicos relativos a uma conceituação unívoca do conceito de políticas públicas, nem quanto aos critérios para seu enquadramento enquanto política de Estado ou de governo. Em nossa pesquisa, interessa-nos mesmo a atuação viva das instituições públicas no enfrentamento de problema concreto, o que nos permite apresentar as variáveis decorrentes das diversas interpretações na aplicação de leis e de direitos previstos na Constituição. Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci: “A política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas ‘políticas de Estado’ –, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas ‘políticas de governo’. Se adotássemos o critério do suporte normativo das políticas, tenderíamos a dizer que as políticas constitucionalizadas seriam com certeza políticas de Estado, enquanto as políticas meramente legisladas seriam provavelmente políticas de Estado e as políticas com suportes infralegais seriam políticas de governo. Mas esse critério, é forçoso reconhecer, é um tanto falho”. (BUCCI, Maria Paula Dallari et al. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Saraiva, 2004, p. 19).

Os discursos em torno do problema aqui investigado se fundam em diversos pontos sustentados pelo próprio ordenamento jurídico-normativo, o que nos permite constatar a existência de um debate para muito além do campo jurídico em torno de questões tais como, de um lado, a preservação ambiental, a expansão da pesquisa botânica, a defesa de aspectos histórico-culturais iminentes ao local e, de outro, o direito de permanência dos moradores do local em razão de aspectos subjetivos relativos à ligação entre o homem, sua moradia e a comunidade em que vive, bem como de aspectos objetivos estabelecidos em lei quanto ao tempo das habitações e a faixa de renda das famílias envolvidas, de modo que se invoca o reconhecimento e a proteção do direito à moradia através da implementação de políticas de *regularização fundiária* previstas na legislação.

Todos os atores institucionais envolvidos no caso concreto objeto de nossos estudos clamam por um desfecho justo. Todavia, o poder público depara-se com sérias dificuldades para encontrar soluções e colocá-las em prática. E mais: nessa busca, no curso do tempo, toma posturas e adota discursos e ações muitas vezes contraditórias em torno da *melhor* solução para o caso ou, noutras palavras, em torno da solução mais justa. E disso decorre uma crucial indagação: em que medida as instituições podem servir à resolução justa das complexas questões que lhe se impõem?

Lidam-se, portanto, no caso objeto de nossa investigação, com múltiplos interesses políticos e com inúmeros problemas no campo da realidade social, em que diversas noções de justiça orientam uma pluralidade de argumentos para a adoção de uma ou outra solução. Nessa esteira, situa-se o nosso tema no campo da efetividade dos direitos, entre a norma jurídica e o fato social.

1.2. O objeto investigado

Nosso trabalho tem por objeto principal a análise empírica e comparativa dos discursos e argumentos constantes do processo administrativo *in concreto* que trata do caso do Jardim Botânico carioca, bem como da argumentação inserida em quatro pareceres jurídicos que embasaram outras medidas administrativas tomadas pelo governo federal, em atos de competência de ministro de estado, em políticas de regularização fundiária de moradias situadas em terras diversas da União.

Num primeiro momento de nosso debruçar empírico, a fim de traçar um paralelo entre outras ações governamentais tomadas em casos diversos relativos à regularização de moradias em áreas da União, selecionamos quatro manifestações consubstanciadas por pareceres

exarados pela Consultoria Jurídica junto ao MPOG⁸, no assessoramento ao Ministro de Estado da Pasta, produzidas ao longo dos anos de 2011 e 2012, atinentes aos atos autorizativos de sua competência para a celebração de contratos de concessão de direito real de uso de terras e imóveis da União⁹.

Esses quatro exemplos caracterizam-se por níveis de tensão baixíssimos ou mesmo inexistentes entre os discursos favoráveis ou contrários à destinação dessas terras para fins de *regularização* das ocupações. Nesses quatro casos pode-se verificar a execução de política pública consubstanciada na destinação de terras da União para a promoção da chamada *regularização fundiária* das moradias consolidadas nesses locais, através da entrega de títulos ou documentos oficiais que formalizam a utilização do bem imóvel¹⁰. Consta-se, em tais casos, a clássica lição juspositivista da subsunção do fato à norma, uma vez que não se registra a ocorrência de conflitos ou resistências surgidos em decorrência da interpretação ou da aplicação da lei.

Deve-se ressaltar que os contratos de cessão autorizados pelo Ministro de Estado do Planejamento decorrem da delegação de competência prevista no art. 1º, I, Decreto n. 3.125, atribuída originalmente por lei¹¹ à Presidência da República. Esses contratos são, em geral, em razão do tamanho e do valor das áreas, aqueles mais relevantes sob os aspectos políticos e econômicos, especialmente levando-se em conta que o principal dos critérios estabelecidos para a autorização ministerial é o envolvimento de áreas superiores a 55 hectares¹².

⁸ Todos os pareceres mencionados neste trabalho encontram-se disponíveis para consulta pública, no endereço eletrônico <http://sisjur.planejamento.gov.br/>.

⁹ A atuação das Consultorias Jurídicas junto às autoridades do Executivo é regulada pelo art. 11 e respectivos incisos, da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993: “Art. 11. Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo; II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo; V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas: a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação”.

¹⁰ Em nossos estudos, notamos que a destinação de terras pela União, através da SPU – Secretaria do Patrimônio da União (órgão do MPOG), para a promoção da regularização fundiária, limita-se à outorga de títulos formais de utilização dos imóveis ou terrenos. Fora das competências legais da SPU, questões como infraestrutura e urbanização não são levadas em conta na implementação dessas políticas públicas a cargo do órgão gestor do patrimônio da União.

¹¹ Cf. art. 18, §3º, Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998.

¹² A Portaria do Ministério do Planejamento n. 211/2010 subdelegou ao chefe da Secretaria do Patrimônio da União a competência para autorizar a cessão de imóveis com área inferior a 55 hectares, permitindo a subdelegação quando se tratar de imóveis com área inferior a 50 hectares. Note-se a redação do art. 1º, III, da

Destacando o papel da SPU e invocando os dados resultantes da execução do PNGPU¹³, notaremos que a utilização dos contratos de concessão de direito real de uso, no âmbito do Ministério do Planejamento, tem funcionado como importante instrumento na viabilização de políticas públicas voltadas à destinação e ao reconhecimento formal de moradias para famílias de baixa renda inseridas em área da União, bem como de ações governamentais para o manejo de reservas extrativistas em florestas, especialmente protegidas pela legislação ambiental (com a protocolar oitiva dos órgãos ambientais), aliadas à formalização e regulação da utilização harmoniosa dessas áreas também por famílias de baixa renda, visando tanto à preservação ambiental quanto à própria subsistência dessas famílias.

Assim, nosso objetivo é demonstrar que a SPU, órgão integrante da estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ordinariamente não encontra maiores resistências na implementação de políticas públicas a ela incumbidas quanto à destinação de terras ou imóveis da União voltados à promoção da *regularização fundiária*.

Esse cenário, porém, altera-se drasticamente no caso do Jardim Botânico, dadas as complexidades sociais, culturais e políticas nele embutidas e os consequentes conflitos surgidos, seja no âmbito judicial, seja no âmbito intragovernamental.

Nessa linha, posteriormente, a análise empírica concentrará atenções na atuação e no discurso de instituições públicas federais que participaram diretamente de processo administrativo específico instaurado para tratar do caso das moradias da Comunidade do Horto e apontar soluções para o problema. Trata-se do processo administrativo n. 00405.008207/2010-50, que tramitou entre 2010 e 2013¹⁴ na CCAF¹⁵ (órgão da AGU), que reúne documentos, dados, estatísticas, relatórios, memorandos, ofícios e outros expedientes técnicos gestados no âmbito do poder executivo, assim como petições levadas em juízo por

referida portaria ministerial: “Art. 1º Fica subdelegada competência ao Secretário do Patrimônio da União para, observadas as disposições legais e regulamentares, autorizar: (...) III - a cessão gratuita, sob quaisquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, e na Lei nº 9.636, de 1998, de imóveis de domínio da União com área inferior a 55ha, permitida a subdelegação quando se tratar de imóveis com área inferior a 50ha”.

¹³ Relatório de internet disponível em [<http://patrimoniode.todos.gov.br/politica-nacional-de-gestao-do-patrimonio-da-uniao-pngpu>]. Acesso em 19/11/2012

¹⁴ Apesar de não ter sido formalmente finalizado, nenhuma reunião ou diligência é realizada desde fevereiro de 2013.

¹⁵ Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF, órgão da Consultoria-Geral da União, foi criada pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007, e tem sua forma de atuação regulamentada pela Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, cujo objetivo principal é evitar litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal. Com a edição da Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008, as controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal também são matérias de competência da CCAF. Cartilha da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal. Disponível em [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/cartilhas/Cartilha_CCAF_03_02_09.pdf]. Acesso em 07/01/2012.

moradores (*per si* ou por meio de associação representativa), pela União, pelo Ministério Público, pelo Instituto Jardim Botânico, além de decisões judiciais de diferentes instâncias, além de manifestações decisórias proferidas pelo TCU na abordagem da questão.

Para a nossa pesquisa empírica, mais do que a interação entre os atores sociais e institucionais envolvidos no problema, interessam-nos tanto o discurso adotado pelas partes nos processos judiciais e pelos tribunais em suas decisões, quanto as medidas administrativas para o enfrentamento da questão. Aliás, a interlocução dos discursos entre um e outro torna particularmente interessante a identificação das práticas adotadas por essas instituições, bem como dos argumentos por elas lançados nos momentos decisórios.

Dessa forma, a partir da documentação acostada ao processo administrativo que cuida do caso, elegemos como objeto de análise os discursos constantes de três ações judiciais propostas contra moradores da Comunidade do Horto, duas delas ajuizadas pela União (reintegrações de posse) e uma pelo Ministério Público Federal (ação civil pública).

Em um dos referidos processos judiciais – ao qual chamaremos de “caso Gracinda” – houve a recusa, por parte de autoridade pública da União, em cumprir ordem judicial expressa que determinou a imediata retirada da moradora. Na ocasião, a servidora-chefe da SPU no Rio de Janeiro, na representação do ente federal, lavrou contrato individual de concessão de direito real de uso com a moradora, relativa ao imóvel por ela ocupado, comprometendo a execução do mandado judicial.

Tais fatos deram origem a uma auditoria realizada pelo TCU, que acabou culminando em decisão proferida em setembro de 2012, decisão esta que tratou do problema da Comunidade do Horto como um todo e imputou penalidades às autoridades da SPU, além de uma série de recomendações e diligências para a resolução do caso do Jardim Botânico de maneira global. Assim, o caso Gracinda permitirá uma análise mais abrangente, que percorre a argumentação delineada desde o processo judicial, de maneira individualizada, até os argumentos levados à corte de contas pelos atores públicos institucionais envolvidos, que tratam do problema de forma genérica. Nessa esteira, o relatório de levantamento e os votos condutores constantes da decisão do TCU também serão objeto de nossa análise.

Nossa jornada, pois, envolve a análise de processos de natureza administrativa, em que se pode dessumir, num primeiro plano, a maneira pela qual se materializam políticas públicas nacionais de destinação de terras da União para a consecução do direito à moradia de famílias de baixa renda, e, num segundo momento, em que medida a existência de uma multiplicidade de complexos interesses e de diversos discursos sustentados juridicamente em torno da

questão relativa às ocupações consolidadas nos arredores do Jardim compromete a realização material dessa política no local.

Trata-se, portanto, de vasto material bruto que nos permite extrair os aspectos generalizáveis das argumentações delineadas pelos mais diversos atores em torno do discurso inerente à realização do direito à moradia e sua aplicabilidade à luz de interesses que permeiam questões específicas.

1.3. A hipótese

Deve-se aqui apor que nossa linha de pensamento pressupõe a existência de uma crise do direito caracterizada pela iminente exaustão do paradigma juspositivista¹⁶, transformação verificada no Brasil – e nos países do ocidente – pelo menos nas últimas quatro décadas, depois de longos anos da dominação do discurso voltado para a insistente busca pela generalização do fenômeno social através da ciência jurídica, onipresente no discurso *jurídico-científico* dos séculos 18, 19 e na maior parte do século 20.

Não se olvide que o positivismo jurídico é ainda hoje fortemente presente na teoria e na prática do direito¹⁷. Os seus princípios, conceitos e métodos continuam influenciando o ensino jurídico nas universidades e o cotidiano das atividades forenses em todo o mundo ocidental, não obstante as diversas teorias críticas desenvolvidas principalmente a partir da segunda metade do século passado.

De se registrar que essa crise do direito, como destaca Freitas Filho na linha dos ensinamentos de Faria¹⁸, se dá em três diferentes níveis: o normativo, o institucional e o jurídico-cultural. O modelo exposto por Freitas Filho, no que ele denomina de crise de um paradigma¹⁹ no direito, é essencial para situarmos a linha de nossas ideias²⁰:

Há, portanto, momentos em que os paradigmas entram em crise. Isto ocorre quando eles não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear o trabalho científico. Os problemas deixam de ser resolvidos conforme as

¹⁶ FREITAS FILHO, Roberto, *Crise do Direito e Juspositivismo*, Brasília Jurídica, 2003.

¹⁷ De modo breve, pode-se pensá-lo como sendo a abordagem científica ao direito (i) comprometida com a construção e utilização de um método específico capaz de fornecer descrições neutras sobre o fenômeno jurídico e (ii) que concebe o direito como um sistema de normas produzidas pelos órgãos oficiais do Estado (cf. CINTRA, Guilherme. Guimarães, *Avvocatura dello Stato, amministrazione pubblica e democrazia: il ruolo della consulenza legale nella formulazione ed esecuzione delle politiche pubbliche*. Rassegna Avvocatura dello Stato, Roma, v. LXIII, 2011).

¹⁸ FARIA, José Eduardo. *A crise do direito numa sociedade em mudança*, Brasília, UnB, 1988, p. 22.

¹⁹ As noções de paradigma empregadas pelo autor são aquelas delineadas em Thomas Khun (KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*, São Paulo, Perspectiva, 1996).

²⁰ FREITAS FILHO, *op. cit.*, p. 37-38.

regras vigentes – para cada problema solucionado vão surgindo outros de maior complexidade. A certa altura, o efeito cumulativo deste processo entra num período de crise: não tendo mais condições de fornecer soluções, os paradigmas vigentes começam a revelar-se como fonte última dos problemas e das incongruências, e o universo científico que lhes corresponde gradativamente converte-se num amplo sistema de erros, onde nada pode ser pensado corretamente. A partir daí, outros paradigmas emergem no horizonte científico – e o processo em que eles aparecem e se consolidam constitui o que Kuhn chama de revolução científica.

O Direito em sua matriz juspositivista kelseniana vem sendo discutido não é de agora, e trabalhos das mais diversas áreas das ciências humanas apontam para as condições de mudança e complexidade na realidade social.

Cabe-nos, pois, pressupondo uma crise do direito e de suas técnicas tradicionais na resolução de conflitos, indagar se seria possível, a partir da análise desse complexo caso brasileiro que envolve múltiplos interesses políticos, bem como a atuação direta tanto de cidadãos quanto de instituições públicas e privadas, inclusive tribunais judiciais e corte de contas, identificar os contornos de justiça que são concebidos nos argumentos de cada ator na incessante tentativa, cada qual a seu modo, de apresentação ou busca por uma solução do problema social concreto.

Assim, nossa hipótese é que, no atual contexto de crise do modelo juspositivista do direito, havendo discordância nos discursos políticos utilizados para sustentar cada dada proposta de *melhor* solução para o caso – e estando tais discursos fundados em concepções eminentemente emotivistas²¹ que encontram respaldo moral em um ou mais grupos sociais e, fundamentalmente, no direito positivo – as instituições públicas não dispõem de instrumentos efetivos para resolver problemas sociais complexos, o que gera incoerência em suas ações e, por conseguinte, fragilidade quanto à legitimidade de suas decisões para a entrega da justiça em virtude da perpetuação do problema no tempo.

Note-se que a atuação do Estado na formulação e na execução de políticas públicas envolve a utilização de uma série de instrumentos – sejam humanos, materiais ou operacionais – que, não raro, encontram-se afastados da esfera de disponibilidade das entidades responsáveis pela administração pública. Tem-se, pois, o aparato estatal brasileiro, no início do século 21, estruturado de maneira deficiente e profundamente heterogênea, com vasta descentralização de atribuições e caracterizado por frequentes choques e conflitos de competência em matéria de administração pública, características sensivelmente percebidas

²¹ Segundo Alasdair MacIntyre: “Emovitismo é a doutrina segundo a qual todos os juízos valorativos e, mais especificamente, todos os juízos morais *não passam* de expressões de preferência, expressões de sentimento ou atitudes, na medida que são de caráter moral ou valorativo”. (MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Trad. Jussara Simões. EDUSC, 3ª ed., 2004, p. 30).

quando se voltam os olhos para o modo de resolução das demandas concretamente postas ao enfrentamento do poder público.

Sob esse prisma, quando os interesses são complexos e multifacetados (todos moral e legalmente sustentáveis) a conformação do interesse público (tão caro ao direito administrativo, mas de contornos extremamente fluidos) acaba representando não uma definição jurídica precisa do instituto que corresponderia a uma realidade direta e univocamente definível, mas um jogo de forças dentro de um tabuleiro sócio-político²² cujo resultado é não outro que a instabilidade do discurso e, com o tempo, a própria descrença nas instituições.

Nessa linha, a partir de uma espécie de redoma legal e essencialmente normativista, diversas decisões são tomadas tanto pelos tribunais judiciais quanto por órgãos da administração pública e parecem manter-se afastadas dos problemas reais enfrentados pelas comunidades nas suas demandas perante o poder público.

Assim, cabe-nos refletir se as instituições públicas brasileiras, diante de casos complexos, notadamente aqueles que envolvem multi-interesses e cujo problema esteja judicializado, revelam-se desprovidas de instrumentos ou ferramentas de que possam lançar mão a fim de enfrentar questões dessa natureza com eficiência, no menor tempo possível, minimizando os impactos sociais decorrentes da atuação institucional do Estado.

1.4. Justificativa do tema

Cabe-nos aqui iniciar este tópico com uma observação. Do ponto de vista de investigação essencialmente empírica, pretendemos desenvolver o texto lançando mão da

²² Essa pluralidade de discursos, todos consagrados no campo político-jurídico, sejam conflitantes ou aparentemente conflitantes, é identificada em Rawls por ABREU (2006): “Rawls introduz a distinção entre concepção política e doutrinas abrangentes (comprehensive doctrines) que vai basear tanto a formulação do problema quanto a sua solução. Por ‘concepção’ ele entende uma ‘concepção política e suas partes, como o conceito de pessoa como cidadão’; por ‘doutrina’, as ‘perspectivas abrangentes de todos os tipos’ (RAWLS, 2005, p. xxxv, e 441), isto é, doutrinas que incluíssem não apenas a dimensão político-constitucional, mas também ideias que perpassassem outras esferas da vida social, tais como concepções religiosas, filosóficas, morais, científicas etc. Assim, ‘uma vez que a questão é colocada [a distinção entre concepção política e doutrina abrangente], fica claro – acredito – que o texto [de Uma teoria] percebe a justiça como equidade e o utilitarismo como doutrinas abrangentes ou parcialmente abrangentes’ (RAWLS, 2005, p. xvi). Daí, a solução de Rawls é a transformação daquilo que, em Uma teoria da justiça, é uma doutrina abrangente, numa concepção puramente política e, portanto, independente (freestanding); em outras palavras, uma concepção que não está fixa a nenhuma doutrina abrangente e pode ser subscrita por uma pluralidade de doutrinas razoáveis – fato que ele chama de “consenso sobreposto” (overlapping consensus). A partir daí, a justiça como equidade poderia ser considerada como uma concepção puramente política e, portanto, limitada à formulação da estrutura básica da sociedade, aos valores propriamente políticos”. (ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. *Qual o sentido de Rawls para nós?* Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, n. 172, p. 157, out./dez. 2006).

técnica de observação, que por nós se deu na condição de participante de alguns dos atos do processo administrativo objeto de nosso estudo.

Carlos Bittar²³ esclarece que o observador participante é aquele que se insere no grupo social estudado, enquanto que o observador não participante é aquele que observa o fenômeno estudado fora de seu contexto. No caso da presente pesquisa, o acompanhamento dos fatos se fez no próprio contexto em que discutidos, no exercício do cargo de Advogado da União, ora como representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em alguns atos relativos ao processo instaurado na CCAF sobre o caso do Jardim Botânico, ora como parecerista de questões específicas relativas ao caso concreto eleito como nosso objeto de estudo. Houve, assim, direta participação em vários assuntos e problemas afetos ao Ministério do Planejamento, em vários níveis, o que propiciou coleta de farto material de análise. Sem prejuízo da tentativa de máximo rigor metodológico na produção desta pesquisa, o caso do Jardim Botânico propicia a visualização e análise de um conjunto amplo de circunstâncias passíveis de problematização.

Alguns dos assuntos aqui tratados foram por nós intensamente vivenciados. Na medida em que conhecidos, causaram perplexidade. Nossa pesquisa volta os olhos a algumas questões relativas ao modo de interação (e integração) institucional, caracterizadas por permanente estado de impasse na administração pública que exigem teorização para um adequado enfrentamento. Alertamos, contudo, que a interseção entre atividade empírica e abstração teórica, na medida em que persegue uma ordenação conceitual da realidade, à luz da análise de normas jurídicas e da *práxis* de instituições públicas e dos seus discursos, não compromete a validade de nossa pesquisa, pelo contrário, reforça-a. Nas palavras de Max Weber²⁴:

É certo que existe (...) em qualquer época uma diferença intransponível, quando uma argumentação se dirige ao nosso sentimento e à capacidade que temos de nos entusiasmar por objetivos práticos concretos e por formas e conteúdos culturais, ou quando se dirige à nossa consciência, no caso em que se trata da validade de certas normas éticas, ou, por fim, quando se dirige à nossa capacidade e necessidade de ordenar conceitualmente a realidade empírica, de uma maneira que insiste na pretensão de validade de verdade empírica.

Dito isso, cabe-nos elucidar a seguinte indagação: por que o caso do Jardim Botânico? O início da resposta a essa pergunta passa pelo conhecimento que tivemos, no ano de 2009, de caso extremo, ao qual aqui denominamos de “o caso Gracinda”, consubstanciado por ordem

²³ BITTAR, Eduardo C. B., *Metodologia da Pesquisa Jurídica – Teoria e Prática da Monografia para os Cursos de Direito*, São Paulo: Saraiva: 2010, p. 203.

²⁴ WEBER, Max, *Metodologia das Ciências Sociais, parte 1*. Trad. Augustin Wernet. São Paulo: Cortez Editora, 2001, p. 113.

judicial emitida em ação de reintegração de posse, favorável à União, que determinava a retirada da ré, moradora idosa e de baixa renda, da residência em que vivia há mais de 60 anos com a sua família, sob o fundamento de que a sua casa estava inserida dentro de área pública pertencente à União – que havia ajuizado o processo ainda na década de 1980.

Intimada para promover o cumprimento da decisão, a Superintendência do Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro, ignorando a máxima de que “ordem judicial não se questiona, se cumpre”, por sua autoridade federal máxima naquela unidade da federação, resolveu lavrar contrato administrativo de concessão de direito real de uso, invocando os aspectos relativos ao direito à moradia titularizado pela idosa exproprianda apontando como fundamento a legislação que regula a utilização do patrimônio da União. Com esse contrato, a decisão judicial tornou-se inexecutável e a idosa permaneceu em sua residência fixada dentro de área pública.

A partir daí, começamos a nos interessar por outros processos judiciais que tratavam de casos semelhantes de moradores da Comunidade do Horto e nos deparamos frente a um universo de 268 ações possessórias judiciais propostas pelo poder público desde a década de 1980 e percebemos a multiplicidade e a complexidade das mais diversas situações decorrentes das argumentações submetidas pelas partes envolvidas aos tribunais, bem como a repercussão dessas decisões judiciais, mesmo se tratando de um conjunto limitado de pouco mais de seis centenas de habitações que formam a comunidade. Depois disso, participamos de duas reuniões na CCAF, na condição de representante da consultoria jurídica do MPOG.

Chamou-nos atenção a reverberação do caso nos veículos de comunicação²⁵ e a importância que as ocupações no entorno do parque Jardim Botânico possuem para a população do Rio de Janeiro, cidade cuja formação urbana, especialmente nas quatro últimas décadas do século 21, lidou de forma dramática com o problema das favelas²⁶.

²⁵ Há que se considerar o fato de a Rede Globo de Comunicações ter uma de suas principais sedes, a Central Globo de Jornalismo, localizada na Rua Von Martius (na continuação da Rua Pacheco Leão), vizinha à área de visitação do parque e próxima a algumas habitações que integram a Comunidade do Horto. No processo administrativo que constitui objeto principal de nossa pesquisa, encontram-se cópias de várias matérias publicadas pelo jornal “O Globo” acerca do caso do Jardim Botânico. Algumas delas serão referenciadas ao longo de nosso texto.

²⁶ “No século XX a cidade cresce de forma acelerada e o esforço do Estado em construir habitações populares não é suficiente para acomodar o fluxo de imigrantes. Como parte dos salários não era suficiente para a compra ou aluguel de moradias formais restou a solução de morar em terrenos ilegais, por serem mais baratos, próximos aos locais de trabalho e permitirem a construção progressiva e sem regras. A população em favelas cariocas cresce a taxas superiores ao resto da cidade, mesmo com as políticas de remoção de favelas nas décadas de 20 e 60. Em 1948 o censo já registrava 139 mil pessoas vivendo em favelas (7% da população da Cidade do Rio). Esse percentual aumenta para 10,2% em 1960, 13,3% em 1970, 16% em 1990 e 18,7% em 2000, que representava 1,09 milhões de pessoas. Para alguns especialistas esse número chegava a 1,5 milhões, pois o IBGE considera apenas favelas com mais de 51 domicílios”. IPEA, *Histórico das Favelas no Rio de Janeiro*, 2010, Disponível em

Em paralelo, nos despertou especial interesse a dinâmica de atuação da União em juízo, que enfrentou profundas transformações de postura entre a década de 1980 e de 2000, decorrente de mudança de paradigmas quanto à gestão de imóveis da União relativamente ao manejo de assentamentos informais consolidados nestas áreas.

Dessa forma, de modo a verificar na prática essa mudança paradigmática, voltamos os olhos para a atuação do Ministério do Planejamento (responsável pela gestão de bens imóveis da União) em sua política de destinação de terras da União com a celebração de concessão de direito real de uso para fins de moradia de famílias de baixa renda e em situação de vulnerabilidade.

No que concerne à destinação de imóveis para fins de *regularização fundiária*, ao passo que a atuação administrativa não enfrenta maiores resistências naqueles casos em que não há uma complexidade de interesses envolvidos e, por consequência, pouco repercutem no seio da sociedade, essa mudança de paradigma trouxe situações curiosas, sob o ponto de vista da prática judicial, verificada nos processos relativos à ocupação da área da União onde se situa o Jardim Botânico do Rio de Janeiro.

Isso porque aquele ente público que havia ajuizado as ações para retirar moradores (e teve o seu direito sistematicamente reconhecido pelos tribunais), já não mais tinha interesse em executar as ordens judiciais a si deferidas à luz de sua política pública contemporânea consubstanciada pela destinação de terras para a *regularização fundiária* de ocupações consolidadas em áreas de sua propriedade.

Assim, nas ações judiciais intentadas contra os moradores da Comunidade do Horto, a União sistematicamente passou a requerer a suspensão dos processos, argumentando que a questão estava sendo enfrentada administrativamente, ou seja, que havia uma *política pública* para o enfrentamento daquele problema, sob a coordenação institucional da Advocacia-Geral da União, em sede de Câmara de Conciliação instaurada no âmbito do órgão. Nesse passo, entre 2010 e 2012, a maioria dos processos judiciais foi suspensa, aguardando, o Judiciário, as medidas e soluções esperadas do processo administrativo.

Entretanto, em diversos casos, a prática judicial, fundada nas técnicas tradicionais do direito, classificou o direito da União como “indisponível” e insistiu no cumprimento das decisões formalizadas nas ações judiciais. E mais, com o decorrer do tempo, mais e mais mandados foram expedidos, já que a Administração não apresentava a conclusão dos seus estudos e planos para a resolução do problema. Assim, ao encontramos todos esses elementos

condensados num único processo, podemos proceder à análise politológica que aqui propomos, abordando as mudanças paradigmáticas em torno da gestão de terras da União (em termos gerais) e da gestão do próprio problema concreto, a partir dos discursos extraídos do nosso objeto de estudo.

1.5. Objetivos

Pretendemos demonstrar que as práticas adotadas pelas instituições públicas, confrontando-se especialmente os planos judicial e administrativo, acabam por comprometer a funcionalidade e a racionalidade do próprio sistema jurídico, uma vez que não são capazes de oferecer respostas pragmáticas para a solução de problemas enfrentados na sociedade, nem tampouco são capazes de compreender de modo satisfatório os novos paradigmas acerca da aplicação do direito diante de inúmeras variáveis inerentes à realidade fática e ao decurso do tempo.

Ao fim e ao cabo, objetiva-se demonstrar, testando a hipótese alhures deduzida, que, seja em razão da mútua falta de compreensão dos diálogos institucionais travados pelos diversos órgãos e entidades públicas (ou pela sua própria ausência), seja pela morosidade causada pela excessiva burocracia características ao judiciário e à administração pública, seja por conta da indefinição de políticas públicas claras e de soluções planejadas para o problema, ou mesmo seja em razão de atuações contraditórias das diversas estruturas que representam o poder público, a visão tradicional do direito, fundada em um modelo autômato e estático, voltado à regulação imobilizada de fenômenos sociais, não se configura capaz de fornecer mecanismos práticos e eficientes para a solução de problemas sociais complexos, especialmente porque pouco privilegia o elemento *tempo* em sua dinâmica de atuação.

1.6. Estrutura do texto

Como visto, não elegemos apenas elementos constantes de processos judiciais em si mesmos – como frequentemente tem sido feito de forma proficiente pelos pesquisadores brasileiros na análise de práticas judiciárias. Ao contrário, para tentar responder as questões suscitadas, a partir das observações procedidas, nossa metodologia pressupõe a análise de um *processo administrativo* em que se pode dessumir não só as políticas públicas entabuladas para o enfrentamento do problema das ocupações consolidadas no entorno do Jardim Botânico, mas também os argumentos delineados pelo poder judiciário, Ministério Público

Federal, órgãos e entes vinculados à própria estrutura administrativa do poder executivo federal, bem como da própria sociedade civil, através da atuação de moradores na defesa de seus interesses nos processos judiciais.

Para perseguir de modo frutífero os nossos objetivos, até porque a pretensão de aproximação do real configura-se desafio por demais complexo e visando ao bom andamento desta pesquisa, no próximo capítulo, desde já, trataremos de esclarecer os conceitos aqui empregados, abordando os aspectos inerentes ao pensamento sistemático no direito administrativo atual e às noções teóricas por nós adotadas em torno de questões conceituais relativas a *paradigma, interesse público, políticas públicas e justiça*.

No capítulo subsequente apresentaremos e contextualizaremos os aspectos históricos, sociais, políticos e culturais do caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro desde a fundação do “Real Horto” e do “Jardim de Aclimação”, em 1808, com a vinda da família real portuguesa para a então colônia sul-americana, com uma abordagem focada nos problemas concretos enfrentados pela Comunidade do Horto e nas mais diversas políticas emanadas pelo poder público ao longo do tempo, de modo que procuraremos identificar os paradigmas que orientaram a gestão da área no enfrentamento do problema. Ainda no mesmo capítulo, esboçaremos o perfil da comunidade, a partir da exposição de dados socioeconômicos das pessoas que habitam o local, obtidos por meio de estudo desenvolvido pela Universidade Federal do Rio de Janeiro²⁷.

A segunda parte da pesquisa, sem olvidar de importantes aspectos teóricos, volta os olhos à empiria. No primeiro capítulo, examinaremos as políticas públicas nacionais de gestão e destinação dos imóveis da União, oportunidade em que apresentaremos dados relativos a essas políticas e delinearemos o papel da Secretaria do Patrimônio da União, destacando as mudanças paradigmáticas que vem sofrendo o modelo de gestão dos imóveis e terras da União, sensivelmente detectadas nas últimas duas décadas.

Em tópico próprio, demonstraremos que a concessão de direito real de uso tem sido um instrumento jurídico utilizado em larga escala para promover as políticas de regularização fundiária de moradias situadas em áreas da União. Passo seguinte, ainda no primeiro capítulo da segunda parte do texto, apresentaremos quatro casos concretos a partir da análise de pareceres exarados pela Consultoria Jurídica junto ao MPOG entre os anos de 2011 e 2012²⁸, em que a CDRU foi, sem oposições, por meio de atos administrativos praticados pelo ministro

²⁷ Extraído do processo administrativo objeto principal de nossos estudos.

²⁸ Todos os pareceres encontram-se disponíveis para consulta pelo público, no endereço eletrônico <http://sisjur.planejamento.gov.br/>.

de estado da pasta, utilizada para materializar a regularização formal de moradias em importantes áreas públicas federais.

O segundo e derradeiro capítulo, na segunda parte da pesquisa, propõe analisar a interação dos diversos discursos levados a cabo por meio de documentos constantes do processo administrativo eleito como objeto estudado. Para tanto, procederemos à análise crítica da argumentação delineada em três processos judiciais, levada a cabo por representantes da União, do Ministério Público Federal, do Estado-Juiz e das partes rés, sempre tendo como norte a manutenção ou não das ocupações no local.

Um desses processos – o caso Gracinda – como já dito alhures, em razão do não cumprimento da ordem judicial exarada a partir da lavratura de contrato de direito real de uso entre a União e a moradora, deu origem a uma auditoria realizada pelo TCU, o que acabou culminando em decisão proferida pela Corte de Contas, em setembro de 2012, que tratou do problema da Comunidade do Horto como um todo. O relatório de levantamento e os argumentos lançados pelos votos condutores exarados pelos Ministros do TCU também serão objeto de nossa análise. Trataremos do caso Gracinda no TCU em tópico próprio, dentro do terceiro capítulo.

Ao final, aporemos nossas conclusões e considerações finais sobre os temas aqui problematizados, traçando nossas impressões acerca das perspectivas atuais para a resolução do caso e para a futura atuação das instituições públicas envolvidas no caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro.

Capítulo 2. Os conceitos empregados e a teorização dos argumentos

2.1. Introdução

Para aclarar o significado dos conceitos mais relevantes abordados na pesquisa, em busca da máxima objetividade e precisão da aplicação de teorias que auxiliem na análise do caso concreto do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, especialmente porque os pontos principais aqui abordados perpassam por noções políticas, filosóficas e jurídicas de elementos inafastáveis e imprescindíveis para a boa compreensão do problema em si e do contexto institucional em que as políticas públicas para a resolução do caso foram elaboradas, nas próximas linhas realizaremos uma espécie de digressão por teorias que nos orientam nesta jornada.

Como nossa pesquisa volta os olhos à empiria focada na atuação de instituições e atores públicos no trato do caso ao longo do tempo e essa atuação deve-se pautar, em tese, em regras jurídicas pré-estabelecidas para a atuação do Estado, torna-se premente, num primeiro momento, que realizemos uma aproximação com alguns institutos próprios do sistema de direito administrativo de que dispomos na tentativa de desmistificar as lições tradicionais desse ramo do direito à luz do funcionamento *vivo* do Estado e de suas instituições, no enfrentamento de problemas concretos, notadamente no que diz respeito às noções que cercam o significado de *interesse público*.

Depois, exporemos nosso entendimento acerca de questões que nos permitirão balizar a estrutura dos argumentos e discursos em torno do caso do Jardim Botânico. Assim é que abordaremos nossa compreensão acerca da definição de *políticas públicas* e de *paradigmas* (este ponto, em específico, permitirá que na segunda parte desta pesquisa seja traçado um mapa acerca das diversas visões paradigmáticas relativas à gestão da área do Jardim e da Comunidade do Horto, o que tornará palatável a percepção dos motivos pelos quais o debate em torno da questão se protraí no tempo).

Por fim, encerrando o capítulo, poremos em evidência as noções em torno de *justiça* que nos orientam neste trabalho, especialmente a partir dos debates político-filosóficos forjados nas últimas décadas do século 20 entre *utilitaristas* e *comunitaristas* na teoria política estadunidense.

2.2. O pensamento sistemático no direito administrativo e suas perspectivas atuais

Os sistemas tendem a procurar precisão e eficácia no seu funcionamento. Contudo, a sistematização do direito administrativo não deve ser sinônimo de *codificação*. Pelo contrário, o papel da teoria geral do direito administrativo é, essencialmente, além de conhecer e inserir os novos fenômenos e as regras especiais em um campo claramente definido, fornecer um contexto analítico e de interação que possibilite albergar as constantes mudanças nas relações entre Estado e sociedade, bem como as novas competências que acabam por redefinir as responsabilidades estatais e sociais. Disso decorre uma crucial indagação: faltaria ao direito administrativo uma sistematicidade e a definição de um método, o que já se encontra bem definido, por exemplo, no âmbito do direito civil?

A partir das teorias desenvolvidas por Adolf Merkel²⁹, o direito administrativo latino-americano padeceu de forte influência juspositivista e partiu para uma busca incessante de aplicação de métodos pré-enunciativos para elaborar uma sistemática própria do direito administrativo. Contudo, é preciso observar as profundas transformações por que tem passado a humanidade nas últimas três décadas com a revolução dos sistemas tecnológicos e de comunicação, o que cada vez mais intensamente demanda dinamismo por parte da atuação do Estado, ou seja, pede-se a apresentação de prontas-respostas na solução de problemas sociais concretos em detrimento da busca pela definição pré-concebida de um sistema jurídico da administração pública – o que tem se mostrado ineficiente. O mote não mais deve ser a procura por sistemas classificatórios e por métodos indutivos automatizados, ao contrário, deve ter como foco os instrumentos que permitam transformar ações estatais em resolução concreta de problemas e demandas da coletividade.

Karl Larenz³⁰ aborda os problemas inerentes ao sistema conceitual-abstrato desenvolvido pelo direito, especialmente pela jurisprudência, fundado no princípio da subordinação dos conceitos especiais àqueles de extensão mais ampla, porém de conteúdo mais escasso. Trata-se da técnica de classificação de conceitos e de naturezas encampada tradicionalmente pelo Direito, que encontra o seu substrato na ordenação externa, materializada por meio das leis e regras jurídicas, além de uma série de divisões conceituais criadas pelo próprio sistema do direito.

Apesar de reconhecer a importância desse sistema tradicional do direito, especialmente no que pertine à função de orientação em larga escala, Larenz, na linha do que pensamos,

²⁹ MERKEL, Adolf, *Teoria General del Derecho Administrativo*. México, Nacional, 1975.

³⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

assevera que ninguém mais espera desse sistema a contribuição para a solução de problemas jurídicos em aberto, mas ressalva que, apesar disso, a jurisprudência ainda se empenha em desenvolver esse tipo de perspectiva sistemática³¹. O jurista alemão destaca como falha comum aos pensamentos tradicionais a busca pela exposição do direito enquanto sistema conceitual, fundado a partir de critérios lógico-formais, o que se divorcia das relações valorativas que estão por trás das normas e não explica a conexão de sentido própria ao Direito – que não é de natureza lógico-formal – mas sim teleológica.

Também desenvolvendo ideias acerca da busca de uma ordenação sistemática no direito administrativo, o alemão Eberhard Schmidt-Assman³² apresenta a “ideia-ordenação”, em uma indução da teoria geral das peculiaridades de cada uma das áreas de direito administrativo, especialmente no que se refere à extensão de cada peça e soluções únicas para os princípios gerais da lei, entendida como um processo de interação recíproca. Ressalta que “sistema” e “pensamento sistêmico” constituem expressões bem conhecidas na ciência do direito. Dessa forma, para Assman, suas raízes referem-se às noções de *ordem* e *unidade*, que, por sua vez, são apenas uma consequência da tendência generalizante que possui o termo *justiça*.

Na esteira das lições de Larenz, para Assman o pensamento sistemático da ciência do direito não deve ser amarrado a uma escala rígida de valores, evitando-se que se torne algo estático. Em vez disso, as afirmações ou teorias do direito estão condicionadas ou dependentes do progresso do conhecimento para a sobrevivência das previsões ou suposições em que se assentam. Sendo assim, a parte geral do direito administrativo não deve se destinar a ser erguida no cânon das instituições tradicionais e das regras legais, mas sim em uma tarefa e lugar de constante reflexão, ou seja, de construção sistemática, o que aqui procuramos a todo tempo executar ao expor os discursos das instituições públicas acerca do problema do Jardim Botânico do Rio de Janeiro.

Nesse passo, a dimensão sistemática do direito administrativo é condicionada pela estrutura normativa da Constituição. Então, primeiro, presume-se que a administração pública está sujeita a três condicionantes: garantia dos direitos fundamentais, submissão dos atos administrativos à lei e garantia de proteção judicial. Esta tríade permeia e desdobra a *eficácia* em toda a gama de ações administrativas, ainda que não delimite de forma igualitária todo o campo de atuação do *poder executivo*.

³¹ Ibidem, p. 230.

³² SHCMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general Del derecho administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 1-50.

Os efeitos decorrentes dessa tríade atingem não apenas o núcleo da ação administrativa de entidades público-jurídicas (as organizações), mas também se estende à parte da ação e da organização *privada* da administração, que está em constante movimento. Isso se dá não apenas quando se trata de distinguir ou isolar a função administrativa das funções restantes de governo, mas também e, sobretudo, ao nível de cooperação entre Estado e sociedade.

A sistematização pensada por Assman não pretende esgotar a definição, de forma rígida e de uma vez por todas, do campo ou da esfera de validade e aplicação do direito administrativo, mas sim desenvolver uma consistência dogmática que resulta de uma revisão em curso das categorias e dos valores presentes na sociedade e, portanto, tornar-se capaz de destacar novos valores emergentes, suas interações, contradições e crises. O autor assevera que uma abordagem sistemática atende o cumprimento da lei administrativa em três funções básicas: dogma, prática e política³³, o que se torna deveras interessante para a construção que estamos a desenvolver nesta dissertação.

Ademais, segundo Assman, como resultado da *europeização da lei em razão de aspectos relativos ao direito comunitário continental*, deve ser adicionada ao direito administrativo uma dada função que poderia ser qualificada como “receptora”. Nesse sentido, as técnicas jurídicas formais a serviço do direito administrativo desempenham importante papel na atividade estatal. Explica-se. A uma medida qualificada como “ato administrativo”, o sistema vai oferecer respostas imediatas, tais como as relativas ao cumprimento ou não do ato com o processo administrativo ou recurso judicial. Assman, então, destaca que a função dogmática “se constitui em resolver e decidir, sem vacilo e de forma consistente, por referência ou relação a um sistema, as questões legais específicas e únicas que possam surgir”³⁴.

Por conseguinte, sustenta o autor que o dogma é, ao mesmo tempo, o uso daquilo que está estabelecido, por um lado, e a sua construção e revisão, por outro. Dessa forma, a lei geral da administração pública agiria como um elemento “transformador” do direito constitucional. O direito, de fato, não poderia polinizar regras administrativas corriqueiras de uma maneira coerente e sistemática, se a parte geral do *direito administrativo constitucional* não oferecesse um instrumento adequado de recepção e transmissão.

Nesse contexto, o direito administrativo geral é, ainda, uma ferramenta para as políticas legislativas e também para as políticas públicas. O contraste ou comparação das

³³ Ibidem, p. 5.

³⁴ Idem, p. 7 (tradução livre).

normas jurídicas e instituições em conjunto, de um lado, e análise das soluções existentes em áreas próximas ou semelhantes, de outro, vai destacar as contradições em que podem incorrer os valores que estão subjacentes e os pontos sobre os quais seja necessário um melhor tratamento, dentro de cada uma das áreas de gestão, de forma a permitir o *andamento* razoável da lei e de sua efetiva aplicação pelo Estado.

Sendo assim, o limite de uma instituição jurídica dentro de sua respectiva ordem deve obedecer a uma análise comparativa com a ajuda do pensamento sistemático. Trata-se da manifestação de um processo complexo. Ressalva-se, no entanto, que a complexidade incomum do Estado moderno corre o risco de fragmentação crescente do seu poder, condicionada por interesses setoriais e afetações especiais, equipadas com a consagração de poderes difusos.

Sob tal prisma, o sistema de direito administrativo contraria esse fato, pois induz à necessidade de justificação, inserindo-se um dever consistente em exigir que as especificidades de cada setor em questão sejam legalmente reconhecidas como estáveis e duradouras. Nessa linha, sustenta Assman que se a administração moderna é compelida a ser mais aberta ao público e ao ambiente social que a rodeia e, por tal razão, deve começar a atuar por meio de uma “gestão cooperativa”, exercendo seus poderes em conjunto com grupos sociais.

Nossa pesquisa demonstrará que isso ordinariamente não ocorre no enfrentamento de questões sociais complexas, de modo que a decisão administrativa quase sempre carrega uma alta carga de dramaticidade em seus efeitos, justamente porque alija os seus destinatários de efetiva participação na construção das decisões. Os gestores públicos demonstram carecer de uma maior consciência de que são partes de uma tarefa *executiva* ligada à satisfação do *interesse geral*, como contrapeso à visão fragmentada ou parcial da atuação do poder público (esta tem demonstrado insuficiência na identificação de metas reais que devem reger a ação administrativa, ainda que parâmetros de atuação estejam expressamente constitucionalizados). Nesses termos, os diversos setores *subordinados* à lei administrativa constituem uma espécie de *loja de soluções*, agindo como espelho em que se refletem as necessidades de gestão em cada período histórico.

O sistema de direito administrativo não se deve manter fora da influência da prática, mas sim aproveitar os materiais para a intuição e o aprendizado que ela proporciona. Larenz reconhece que o direito enquanto sistema condensaria um estágio do conhecimento alcançado a partir da resolução de problemas concretos, o que possibilita que se originem novos conhecimentos sobre conexões existentes – que só o sistema clarifica – e ao mesmo tempo

permite o surgimento de uma base para o próprio desenvolvimento do direito. Assim, o sistema de direito encontraria ora uma base para ter-se a visão de conjunto e do trabalho prático desenvolvido pelas instituições, ora para tornar-se origem de novos conhecimentos sobre conexões já existentes³⁵.

Dessa forma, o sistema axiomático-dedutivo, no sentido da lógica, não caberia ao direito, já que esse tipo de sistema caracteriza-se pela ausência de contradição e a integralidade dos axiomas subjacentes, dois requisitos aos quais o direito não consegue satisfazer. Esse tipo de sistema também restaria inadequado à *jurisprudência dos conceitos*, uma vez que a unidade de sentido, intrínseca ao Direito, decorreria da dedução da ideia de justiça, que é adequada à valoração, ou seja, não possui uma matriz axiológica pré-concebida.

Alerte-se que o sistema, por sua vastidão, também não pode ser meramente jurisprudencial, tomando como referência apenas as questões setoriais submetidas ao crivo do Judiciário. Para Assman, a perspectiva judicial torna-se insuficiente para realizar uma análise científica, uma vez que se limita ao caso singular³⁶.

Embora essa análise seja construída a partir da tradição do direito administrativo alemão, o fato isolado permanece insuficiente como perspectiva para a compreensão de fenômenos mais complexos, contextos, programas e estruturas organizacionais em que se desdobram atualmente as ações administrativas voltadas à cooperação.

Uma abordagem contextual e multidisciplinar, focada na atuação não só do Judiciário, mas dos próprios agentes públicos da Administração, como a pretendida nesta dissertação, tende a superar esses obstáculos. Deve-se, noutro passo, enfatizar uma análise mais voltada à realidade cotidiana e à prática administrativa, que se consubstancia como um contrapeso adequado para tal perspectiva e possibilita assegurar que os critérios de experiências, práticas e da razoabilidade adquiram seu espaço apropriado dentro do dogma do direito administrativo.

Nesse sentido, para Larenz restaria ao direito, enquanto ciência apenas um sistema de ordem axiológica ou teleológica, forjado a partir de pontos de vista diretivos, de modo que o *princípio jurídico*, ao invés de conceito, pudesse ser entendido como uma pauta aberta, carecida de concretização e só plenamente apreensível nas suas próprias concretizações³⁷.

Desse modo, enquanto que o *conceito jurídico* contém a valoração somente de modo indireto, o princípio torna a valoração explícita. Assim Larenz reforça as suas críticas às

³⁵ LARENZ, *op. cit.*, p. 233.

³⁶ SCHMIDT-ASSMAN, *op. cit.*, p. 14.

³⁷ LARENZ, *op. cit.*, p. 235.

teorias tradicionais, que buscaram a sistematização fechada do direito administrativo, aduzindo que nenhuma delas responde a questão de saber com que elementos pode um tal sistema ser construído, destacando que se esses elementos forem da mesma ordem, ou seja, se forem conceitos semelhantes aos do sistema conceitual-dedutivo, então um tal sistema propenderia para uma ampla regidificação. Segundo o autor³⁸:

(...) a diferença entre um sistema de princípios jurídicos e um sistema de conceitos residiria no fato de que os princípios não regem sem exceções e podem entre si entrar em oposição ou contradição, já que não apresentam uma pretensão de exclusividade, desenvolvendo os seus genuínos conteúdos de significado por meio de um jogo orquestrado de recíproca integração e restrição e, portanto, para a sua efetivação, demandariam valorações particulares de conteúdo material autônomo.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que os setores de referência específicos do direito administrativo têm a potencialidade de enriquecer a parte geral por meio da ênfase aos objetivos e funções administrativas perseguido em cada caso. Assman compreende que esta dimensão tem sido repetidamente reivindicada em oposição a um modelo ou sistema de pensamento baseado em conceitos gerais ou fechados. Segundo o autor, em última análise, “a teoria geral é a sede da sistematização (ou do pensamento sistemático)”³⁹. Portanto, acaso não fornecidos materiais valiosos, em determinadas áreas de referência (específicas) do direito administrativo, a teoria geral restaria empobrecida. Assman destaca que⁴⁰:

(...) a parte geral e parte especial do direito administrativo não podem ser vistas como rigidamente separadas em duas áreas. Os pressupostos de revisão oriundos da parte especial deverão ter a sua validade testada pela parte geral. Assim, partindo-se da perspectiva inerente à prática da lei, o direito administrativo representa o campo de verificação e o ensaio do direito constitucional, ou seja, onde residem os testes e a experimentação de novos conhecimentos, as reformas e mudanças, o local de encontro com os critérios de desempenho da sociedade.

Isso significa que a prática administrativa deve tornar operacionais os conceitos constitucionais amplos e abstratos. Sob o perfil legal, a dogmática administrativa deve ser a base e a ferramenta essencial para a eficácia de muitas das garantias constitucionais, já que é com base na Constituição que, de fato, o direito administrativo estabelece os procedimentos, formulários e organizações que são adequados para os seus critérios de proteção visando à resolução de conflitos nas relações multilaterais, na determinação de suas fronteiras, etc. Sendo assim, *sistematizar* configurar-se-ia na mais alta missão oriunda da lei constitucional,

³⁸ Ibidem, p. 236.

³⁹ SCHMIDT-ASSMAN, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ Ibidem, p. 14.

no plano da construção do direito administrativo, precisamente na definição das premissas básicas sobre as relações entre cidadãos e governo.

Ocorre que não há uma sistematização soerguida nos moldes expostos acima que estabeleça uma linguagem metodológica própria, a contento, do direito administrativo contemporâneo, especialmente no que concerne ao modelo brasileiro. Carlos Ari Sundfeld⁴¹ proeminente professor paulista, estudioso dos temas de direito administrativo, faz a seguinte reflexão, oportuna a esta altura de nosso texto: “os males do excesso (a principiologia frouxa desamarrando as normas, embaralhando tudo) e do superficial (o princípio lugar-comum, pura forma sem substância); nisso vivemos”. E mais⁴²:

(...) não é questão de conhecer a substância, o núcleo duro, expresso em institutos ou princípios (ou outras variáveis com essa função). O modelo é outro. Mentalizo o direito administrativo como um oceano: grandes águas, vagas, marés; eterno balanço e rodopio. Conhecê-lo é entender as constantes de seu movimento, dos fluxos e refluxos, enfim, dos contrários batendo-se e convivendo. Teoria dos antagonismos é o nome dessa matriz de análise, que foca no jogo de oposições a circundar as leis, as regras, as práticas, os casos, as decisões, os princípios, os institutos. A teoria dos antagonismos não crê na solução dos casos pela incidência direta de elementos fixos (sejam princípios ou institutos). (...) A teoria dos antagonismos não renega os institutos nem os princípios. A lei constrói figuras, a doutrina as tenta classificar e definir, o operador as testa ao decidir; eis os institutos, um modo inevitável do direito como norma, teoria e prática. Mas há de vê-los como institutos flexíveis, compatíveis com o inclassificável, o experimentalismo responsável, a acomodação dos contrários. Afora o excesso e a superficialidade, o verdadeiro mal do direito dos princípios não são os próprios, mas a ausência ou demonização do antagonista. Sem conhecer o oposto da *moralidade* não sei usá-la em direito administrativo. Sua contraface não é a imoralidade administrativa, o mal contra o bem. Se a oponho a *legalidade*, moralidade é pauta obrigatória de conduta *independente de lei*. Tais opostos convivem em nosso direito administrativo, cada um com seu valor e inconvenientes. Ao optar por um no caso concreto. Devo saber o que perco ao descartar o outro; se não, decido às cegas. A cegueira é resultado da ausência do oposto.

Corroborando a lição acima, invocamos mais uma vez Larenz, que afirma que, não só para a ciência do direito, como também para a filosofia prática – a ética e a filosofia do direito – a única espécie de sistema ainda possível seria o sistema aberto e, até certo grau, móvel em si, que jamais restaria completo e está continuamente sujeito a ser posto em questão, o que torna clara a racionalidade intrínseca, os valores diretivos e os próprios princípios do direito⁴³.

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *O Direito Administrativo entre os clips e os negócios*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 33.

⁴² *Ibidem*, p. 34.

⁴³ LARENZ, *op. cit.*, p. 237.

Odete Medauar⁴⁴ expõe que, no fim do século 20, da ideia de *unicidade* passa-se à concreta existência de *multiplicidade* de interesses públicos, decorrente da impossibilidade de rigidez na prefixação dos contornos do interesse público (todo padrão de comparação é relativo). Afirma a professora da Universidade de São Paulo, quanto ao direito administrativo, que⁴⁵:

Sua hierarquização e avaliação é difícil e incerta e, assim, a sua pretensão de objetivação entra em crise. A distinção rígida, portanto, seria mito do século XIX. Sendo assim, após uma concepção da Administração detentora do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade. É o conglomerado de associações e organizações que assume o controle e o perfil do que se deva entender por *interesse público*, indicando ao Estado a política a ser desenvolvida e estabelecendo a ordem de prioridades.

Nesse diapasão, um dos traços mais característicos dessa nova concepção eminentemente sistemática reside, por um lado, no consenso político do governo no que concerne às responsabilidades e tarefas próprias do nível político e, de outro lado, na adequação do serviço prestado em nível administrativo (prático). Para vivenciar esse novo modelo, é necessário que o direito administrativo afaste-se de uma visão reducionista e meramente defensiva ante as mais modernas expressões do chamado Estado cooperativo.

Sob este ponto de vista, tão legítima é a cooperação quanto indisponíveis são as responsabilidades do Estado. Diante do contexto aqui apresentado, ao nosso sentir, o direito administrativo brasileiro é incapaz de oferecer uma linguagem sistêmica homogênea que consiga definir os exatos contornos e especificar as características próprias inatas à atuação da administração pública.

Por tais razões filiamo-nos ao pensamento daqueles que enxergam a existência de um sistema aberto, ou seja, o direito administrativo deve ser visto, ao mesmo tempo, como ciência da gestão pública e da estruturação do Estado, incorporando-se os novos e modernos mecanismos de *managemant*, em que o serviço público é concebido como produto da atividade estatal e a relação participativa para com os administrados deve ser instrumento cada vez mais privilegiado, dada a heterogeneidade do conceito em torno do termo *interesse público* – tema ao qual são dedicadas páginas e páginas pela *doutrina* sem que se chegue a uma construção científica útil sob o ponto de vista da resolução de problemas tendo como norte os anseios da coletividade.

⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 191.

2.3. A CCAF e a questão da litigância intragovernamental

Desde já devemos assentar que, ao passo que ocorre o acirramento desses discursos conflitantes emanados de instituições públicas que a todo tempo se contrapõem e entram em nítido conflito, notadamente na esfera federal, as perspectivas para a resolução efetiva do problema sem que graves efeitos colaterais sejam sentidos pela comunidade local somente diminuem com o tempo.

No plano federal, à exceção da atuação do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, somente nos anos 2000 é que a atuação de outras instituições públicas em relação às moradias existentes na região tornou-se mais acentuada, tendo sido criados grupos de trabalho e executadas diversas diligências, especialmente no âmbito dos Ministérios do Planejamento e do Meio Ambiente⁴⁶, na tentativa de apontar soluções. Mais recentemente, como já mencionado, foi instaurada controvérsia no seio da CCAF, o que permitiu a materialização do nosso objeto de estudo.

A existência de discursos e ações conflitantes dentro da estrutura da administração pública no enfrentamento de problemas e questões sociais complexas (tal qual o problema da Comunidade do Horto) é algo corriqueiro, ou seja, a divergência é comum tendo em conta os vários núcleos da administração e pública a conseqüente pluralidade de políticas setoriais entabuladas nos escaninhos da burocracia brasileira.

Esses embates internos no âmbito do poder executivo federal foram objeto da obra de livre-docência defendida pelo professor Arnaldo Godoy⁴⁷, que tratou do que denominou de *litigância intragovernamental*, criticando o caráter predominantemente compartimentalizado da gestão pública na implementação de suas políticas. Passamos, pois, a descrever brevemente a posição teórica de Godoy, porque necessária à construção de nosso argumento.

Que se assente, desde logo, que não abordaremos a questão com a profundidade merecida, até porque a litigância intragovernamental – em que pese ser sensivelmente identificada na dinâmica de trabalho da CCAF – não constitui foco de nossos estudos, que residem na interação entre os discursos e as reverberações desses na elaboração e execução das políticas públicas entabuladas para o caso concreto aqui analisado. Entretanto, algumas considerações críticas se fazem necessárias.

⁴⁶ Como exemplo, menciona-se a Portaria Interministerial n. 360-A, de 27 de dezembro de 2004 (publicada no Diário Oficial da União em 28/01/2005), constituída para realizar estudos e propor soluções para o problema da Comunidade do Horto.

⁴⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

Ao contrário de *litigância intragovernamental*, preferimos aqui falar em descompasso na atuação dos diversos órgãos e instituições públicas envolvidas no problema, pois muitas vezes a litigância é tão somente uma consequência ou um aspecto tangencial desse descompasso e da falta de conexão entre os poderes públicos instituídos. No modelo brasileiro de burocracia agigantada, a articulação institucional é praticamente insipiente.

Na obra de Godoy, há um vislumbre em relação ao papel da CCAF que, segundo o autor, pode se consolidar em um futuro próximo como foro legitimamente constituído, no âmbito interno da administração pública federal, para contribuir de maneira decisiva para a materialização do “presidencialismo de articulação institucional” na resolução de problemas (especialmente aqueles judicializados), seja pela via conciliatória, seja por arbitramento definido pelo Advogado-Geral da União⁴⁸.

Para nós, consoante hipótese aqui aventada, essa divergência de discursos e a ausência de efetiva participação dos cidadãos na formatação de políticas públicas que os afetem diretamente (especialmente no caso dos moradores da Comunidade do Horto) são as causas principais para a eternização do problema concreto. E essa ausência de instrumentos eficazes para a resolução de problemas sociais complexos por meio da intervenção estatal reflete-se para toda sorte de demandas. Nesse passo, a CCAF, apesar de se configurar como mecanismo potencialmente capaz de reunir dados e discursos emanados de órgãos e entidades da administração pública em torno de uma mesma mesa, carece de ferramentas decisórias no curso da instrução processual administrativa, bem como de qualquer poder coercitivo em relação aos órgãos e entidades participantes, demonstrando-se incapaz de canalizar todos esses discursos para uma atuação convergente do poder público ou, no mínimo, articulada.

Além disso, o órgão não permite a participação institucional direta de atores da esfera civil que serão atingidos pelas decisões a serem tomadas (nem mesmo entidades associativas, que somente são ouvidas na condição de colaboradores ou informantes), tendo se mostrado, principalmente em razão desse conjunto de fatores, ineficaz para a apresentação de solução em casos socialmente complexos, cujas esferas decisórias extrapolam o âmbito da CCAF (para além do caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, podem-se mencionar, dentre outros, as divergências em torno de políticas públicas voltadas à construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte no Pará ou à transposição das águas do Rio São Francisco no Nordeste, problemas levados ao crivo da CCAF, que até a presente data sem um desfecho claro).

⁴⁸ Cf. Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007.

Esse contexto institucional contribui para caracterizar a CCAF como mais uma das tantas arenas disponíveis na estrutura da burocracia brasileira voltadas à discussão de problemas sociais, o que relega o seu papel dentro do arranjo institucional da administração pública não como agente decisório de políticas públicas ou ator-protagonista na solução de problemas, mas de foro secundário em que se sobressaem as ditas discussões de *natureza jurídica*.

Contudo, como material bruto de pesquisa, os elementos do processo administrativo submetido à CCAF relativo à Comunidade do Horto prestam-se ao desenvolvimento de um vasto exercício de politologia capaz de identificar, nesses diversos discursos e argumentos, a interlocução entre o político e o jurídico, bem como de delimitar com clareza as diversas visões paradigmáticas que nortearam não só as políticas de gestão e destinação de terras e imóveis da União de forma geral, mas também – e principalmente –, cada uma ao seu tempo, aquelas políticas públicas entabuladas e efetivamente executadas para o enfrentamento deste complexo caso concreto, ou seja, como se deu, ao longo do tempo, a gestão do espaço territorial pertencente à União onde se localiza o Jardim Botânico do Rio de Janeiro e as mais de seis centenas de moradias e outras edificações.

2.4. A questão do interesse público

A noção de interesse público, na visão clássica, aparece, ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento de poder. Configura medida e finalidade da função administrativa. Já foi utilizada no direito francês como critério de caracterização do direito administrativo. No contexto dessa abordagem clássica, em suma, apresenta-se como suporte e legitimação de atos e medidas no âmbito da administração pública, sobressaindo com frequência nos temas atinentes aos motivos e fins dos atos administrativos. Segundo essa concepção, o dualismo entre o público e o privado é assente⁴⁹.

Medauar, ao tratar dessa visão tradicional acerca do interesse público, aponta o princípio atinente à sua *primazia*, que advém da clássica dicotomia entre o público e o privado, que tradicionalmente arrola o interesse público como critério de diferenciação, assim como de sua *indisponibilidade*, segundo a qual é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar ou retardar medidas que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo.

⁴⁹ Ibidem, p. 186.

Menos antiga se coloca a expressão *interesse geral*, utilizada primeiramente no direito administrativo francês, com as acepções que no direito administrativo brasileiro ordinariamente se atribuem a interesse público. Aduz-se que o termo *interesse coletivo*, em que pese parte da doutrina qualificá-lo como espécie de interesses difusos, é muito próximo, como que sinônimo de interesse público ou geral. Costuma-se também comparar interesse público com interesse social, associando-se o primeiro à Administração e o segundo à sociedade. Constata-se, pois, dificuldade no exame do tema: tentativas infrutíferas de tradução em fórmulas conceituais rígidas e pré-estabelecidas⁵⁰.

Nesse contexto, chegar a uma definição jurídica precisa de interesse público constitui tarefa intangível, já que tal definição jamais corresponderia a uma realidade direta e uniformemente definível. Por isso, nos dois últimos séculos, verifica-se uma tendência generalizada na atuação da administração pública em realizar uma espécie de homogeneização dos interesses, o que acaba por pressupor a concepção de uma sociedade fictamente homogênea, voltada para a redução dos interesses das pessoas, ainda que profundamente complexos, diversos e difusos entre si, num denominador comum.

Giannini, citado por Medauar denominou de “publicização potencial de todo interesse tendo alguma relevância social”⁵¹. Desse modo, qualquer assunto, desde que assumido pelo poder público, passa a se qualificar como questão de interesse público. Passou a vigorar, assim, uma concepção nominalista: interesse público é o que a lei (no sentido amplo) ou a administração pública dizem que é, mesmo que se trate de algo muito específico.

A prática, no entanto, nem sempre se realiza conforme a teoria. E na atuação do Estado, o quadro acima se reflete na burocracia da administração pública: o emaranhado de normas jurídicas (leis, portarias, regulamentos), a diluição de competências no exercício das funções públicas entre diversos órgãos, as práticas isoladas de cada órgão público, dentre outros fatores, levam a uma atuação desconexa por parte do poder público, que, no fundo, apenas catalisa e reproduz essa multilateralidade de interesses da comunidade nos diversos campos de atuação do Estado.

Essa desconexão é mais ainda sentida quando se voltam os olhos para a atuação prática de instituições públicas que se envolvem numa dada demanda socialmente complexa. Não raro essas questões são levadas ao Judiciário ou aos órgãos de controle, de modo que as

⁵⁰ “(...) a palavra público significa que o valor ético no padrão do interesse público se aplica a todo membro da comunidade política: é um valor que se deve distinguir de algo que é vantajoso para uma pessoa e desvantajoso para outra. A palavra interesse indica o sentido estimativo do padrão; refere-se a algo em que deveríamos estar ‘interessados’, muito embora possamos não estar. Por isso, dizer que uma ação é do interesse público significa julgá-la de acordo com uma situação política que é benéfica para todo mundo”. Idem, p. 188.

⁵¹ Idem, p. 189.

decisões do Estado refletem exatamente o tal jogo de forças e interesses, desprovido de mecanismos eficientes para apresentar soluções.

Assim, em casos como o do Jardim Botânico do Rio de Janeiro qualquer intervenção estatal pode ter consequências dramáticas a partir do aniquilamento de alguns dos interesses envolvidos e da prevalência de outros, sem que haja uma apreciação profunda dos complexos fatores que permeiam as questões de fundo.

A título de exemplo, podem-se citar outros fatores que demonstram certa fragilidade ao argumento dualista tradicional relativo ao interesse público/privado e à desejada homogeneidade do interesse público: atuações de particulares consideradas de interesse público (a exemplo dos concessionários e permissionários), surgimento de entidades descentralizadas (o que acarreta um panorama de pluralismo dentro da própria organização e atividade administrativa, fomentando uma pulverização de interesses públicos, mesclando-se os mais amplos aos mais restritos). A história demonstra que se constituíram cada vez mais grupos, associações, sindicatos, ordens profissionais, todos buscando interferir na tomada de decisões para que seus interesses integrem o *interesse público*.

Nessa linha, parece possível associar a noção de interesse público ao que deveria ser o bem de toda a coletividade, ou seja, relativo a uma percepção geral das exigências da comunidade.

É assim que, no início do século 21, sucede à concepção de homogeneidade do interesse público uma situação de sua heterogeneidade. Tem-se então a superação da ideia de unicidade e passa-se a dar relevo à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos, decorrente da impossibilidade de rigidez na prefixação de seus contornos (todo padrão de comparação é relativo). Sua hierarquização e avaliação é difícil, incerta e, portanto, a pretensão clássica voltada para a sua objetivação entra em crise.

Essa crise relativa à concepção da administração pública como detentora do monopólio do interesse público faz emergir o entendimento de que a administração pública deve compartilhar tal atribuição com a sociedade. É o conglomerado de associações e organizações que assume o controle e o perfil do que se deve entender por interesse público, indicando ao Estado a política a ser desenvolvida e estabelecendo a ordem de prioridades. Para Odete Medauar⁵²:

(...) nas atuações de determinação compartilhada do interesse público, a administração pública detém a condição de árbitro final e a condição de

⁵² Idem, p. 191.

propiciadora, pelo quadro institucional e procedimental, dos meios com que a identificação pode ser buscada. Tem-se também uma modificação na tendência até então verificada de se sacrificar um interesse em prol de outro, decorrente da antiga ideia da existência de uma primazia entre os interesses. (...) o interesse público torna-se “resultado do conflito e da harmonização dos interesses individuais”.

Floriano de Azevedo Marques (2002)⁵³, tratando do tema, advoga pela reformulação do *princípio da indisponibilidade* do interesse público para que ele expresse a irrenunciabilidade à tutela dos interesses públicos difusos⁵⁴:

(...) diante do colapso da noção singular e monolítica de interesse público, a função de composição e conciliação entre os diversos interesses caberá sempre à esfera pública. Porém, as instituições, os órgãos e os instrumentos disponíveis a esta esfera pública redelineada são bastante diversos daqueles disponíveis no âmbito do Estado tradicional.

Cogita-se hoje uma função atribuída à administração pública de ponderação de interesses em confronto, na efetiva busca da compatibilidade entre esses interesses. Dessa nova ideia advêm os estudos sobre a articulação dos procedimentos e da organização como mecanismo necessário para a percepção dos interesses. Dentre os cânones de legitimação da ação administrativa inclui-se, assim, a capacidade de consideração de todos os interesses relevantes, de modo que a *boa qualidade* da decisão se mescla à qualidade do equilíbrio alcançado e dela é decorrente.

No curso de nossa pesquisa, percebemos que raramente os moradores da Comunidade do Horto foram ouvidos pelas autoridades públicas responsáveis pelo enfrentamento do problema. Para assegurar um mínimo grau de participação, moradores da Comunidade do Horto (que querem a permanência no local) e de áreas vizinhas ao parque (que querem a retirada das moradias), por meio de suas associações representativas⁵⁵, promovem sistematicamente debates na comunidade, eventos, campanhas de conscientização e, o mais relevante, atravessam petições aos órgãos públicos tentando defender seus interesses.

Por tais razões, esses atores não podem ser desconsiderados, mas não tem sido determinantes na tomada de decisões acerca da condução da política pública a ser executada no local. Sob o ponto de vista formal da participação no processo administrativo que tratou do

⁵³ MARQUES NETO, Florian Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 165.

⁵⁵ São identificadas duas entidades associativas que representam interesses diametralmente antagônicos: a) AMAHOR – Associação de Moradores e Amigos do Horto, fundada em 1982, que defende o direito à moradia dos moradores da Comunidade do Horto; e b) a AMAJB – Associação de Moradores e Amigos do Jardim Botânico, fundada em 1980, que sustenta ser inviável a permanência das habitações no local sob a alegação da incompatibilidade entre as moradias e as áreas de proteção e de pesquisas botânicas.

caso no âmbito federal e que constitui nosso objeto de estudo, em nenhum momento os moradores ou seus representantes associativos foram chamados a participar decisivamente da formulação de políticas públicas voltadas à apresentação de soluções, mas apenas convidadas as associações, em reuniões separadas e individualizadas, para prestar informações colaborativas à CCAF, sem que esses encontros contassem com a participação dos demais atores envolvidos no caso.

2.5. Políticas públicas

Como pressuposto para as questões que aqui se pretende abordar, se pudermos sintetizar ao máximo o modo como enxergamos a política pública, pensamos que, essencialmente, trata-se de ações governamentais, presumidamente realizadas segundo parâmetros estabelecidos num dado plano normativo, guiadas por um norte dinâmico, que devem estar voltadas e aptas a resolver os problemas, conflitos e desafios a que se propõe enfrentar, mediante a aplicação criativa de instrumentos e ferramentas, considerando, em especial, as variáveis imanentes ao sistema social.

Nessa linha, a análise ora proposta, voltada às políticas públicas, pressupõe, portanto, uma visão *organizacional* da atividade estatal, porque ela privilegia as realidades vitais e as dinâmicas que permeiam as estruturas das atividades públicas, considerando alterações de cenários que o enfoque meramente jurídico não seria capaz de fornecer. Maria Paula Dallari Bucci⁵⁶ assim preconiza:

Nesse debate, delinea-se como linha de trabalho mais fecunda a da admissão das políticas públicas como programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os calores e métodos próprios do universo jurídico.

Assim, embora a perspectiva jurídica seja de suma importância para subsidiar os quadros referenciais das políticas aqui analisadas, a construção de um estudo fundado somente em tal perspectiva levaria a uma consideração um tanto quanto estática da visão de Estado e da administração pública, o que aqui não se deseja. As realidades humanas impõem respostas e ações cada vez mais rápidas por parte do poder público, daí porque atualmente se

⁵⁶ BUCCI, *op. cit.*, p. 31.

espera agilidade das atividades governamentais, e não a mera moldura planejamento-execução, já que as nuances externas influem diretamente na tomada de decisões, o que afasta a existência de projeto com roteiro estático e execução conforme.

Enrique Saravia⁵⁷ explica que, aos poucos, as circunstâncias foram mostrando a conveniência de analisar o funcionamento do Estado por meio de seus fluxos, da sua dinâmica, e modificar, assim, a perspectiva – até então privilegiada ou única – de exame de normas e estruturas. Na mesma linha, em texto mais antigo, Ana Luiza Viana⁵⁸ afirma que a produção em matéria de políticas públicas busca analisar o modo de funcionamento da máquina estatal, tendo como ponto de partida a identificação das características das agências públicas “fazedoras” de política; dos atores participantes desse processo de “fazer” políticas, das inter-relações entre essas variáveis (agências e atores); e das variáveis externas que influenciam esse processo.

Diante do contexto apresentado, em nossa pesquisa devemos considerar o poder judiciário e o Ministério Público como atores, representantes do poder público que, mesmo não sendo fazedores, influenciam o processo de elaboração e, especialmente, na execução das ações consubstanciadas por políticas públicas que visam ao enfrentamento do problema. Esses atores constituem o componente variável mais significativo às políticas públicas formuladas em relação ao problema do Jardim Botânico.

Já os órgãos do poder executivo – Ministério do Meio Ambiente, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Cultura, bem como as entidades da administração pública federal indireta (IPHAN, IJBRJ), em maior ou menor grau, são as “agências públicas fazedoras” das políticas públicas voltadas à apresentação de uma solução concreta para o caso do Jardim. Como frequentemente suas ações não são concertadas para o enfrentamento do caso (problema decorrente do excesso de regras, da diluição de competências, da multilateralidade dos interesses envolvidos que narramos linhas acima), a apresentação de solução concreta pode-se transformar numa quimera.

Dois importantes atores públicos devem ser especialmente pautados como relevantes em todo este processo. Um deles é Advocacia-Geral da União (AGU), porque atua tanto nas ações judiciais quanto nas tratativas internas da administração pública em resolver o problema, por meio de sua Câmara de Conciliação e Arbitragem – pela qual pode chamar à mesa todos os agentes fazedores das políticas voltadas ao caso do Jardim. A interlocução em

⁵⁷ SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Artigo publicado em Políticas públicas, coletânea. Organizadores: Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP, 2006. p. 26-29.

⁵⁸ VIANA, Ana Luiza. *Abordagens metodológicas em políticas públicas*. Revista de Administração Pública, v. 30, n. 2, p. 5-43, mar./abr. 1996.

rede dos órgãos da AGU, senão crava um discurso uniforme a ser levado aos processos judiciais, ao menos estabelece parâmetros para a atuação do poder executivo em juízo.

Outro ator de extrema relevância é o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão do poder legislativo legitimado pelo direito brasileiro⁵⁹ e por suas práticas para, no auxílio ao Congresso Nacional, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta. O tribunal tem poderes, ainda, de verificação quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade dos atos administrativos, podendo responsabilizar agentes públicos, determinar ações públicas, bem como estabelecer prazos e recomendações à administração pública.

Noutro plano, as associações representativas de cidadãos e a imprensa devem ser considerados como atores externos que influenciam direta ou indiretamente no contexto desse processo de inter-relações no caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro. Por uma questão de opção metodológica, o discurso desses atores externos, embora muitas vezes refletido ou reverberado nas argumentações levadas aos processos judiciais e administrativos (e nas próprias decisões ali tomadas), será por nós considerado apenas no nível de fonte indireta de nossa pesquisa e serão referenciados oportunamente ao longo do texto.

É, pois, nesse viés de análise que se pretende realizar estudo de caso sobre a ocupação de área compreendida pela comunidade do Horto, inserida dentro de limites espaciais destinados ao Instituto Jardim Botânico do Rio de Janeiro, bem como das políticas e ações adotadas pelo poder público ao longo do tempo para a região, o que se configura particularmente interessante, já que a complexidade das relações entre os mais diversos atores envolvidos permite uma abordagem voltada para a percepção, no campo da realidade, de como o direito à moradia deve ou pode, dentro do contexto que se apresenta o caso concreto, se materializar frente à dimensão da preservação botânica, ambiental, paisagística e cultural, assim como em qual medida o poder público tem enfrentado esse sensível tema e definido a maneira de execução de suas políticas para o local.

2.6. Paradigma

Para desenvolver nosso argumento ao longo desta pesquisa, utilizaremos com frequência o termo *paradigma* e sua aplicabilidade às ciências sociais – notadamente ao direito e às políticas públicas – admitindo que existem, também nesses campos, condições

⁵⁹ Cf. Art. 71, Constituição Federal.

para a superação de modelos tidos como referenciais, embora o conceito da expressão, desenvolvido originalmente por Thomas Kuhn, tenha sido pensado para as ciências exatas e biológicas. Na mesma linha de Freitas Filho, a utilização do conceito de paradigma em nossa pesquisa se dá com “reserva terminológica”⁶⁰.

Destaca-se que a utilização do conceito de paradigma nas ciências humanas e sociais é intensamente debatida pela academia. Nosso escopo, porém, não é adentrar neste debate, mas destacar que o elemento *tempo* é crucial tanto nas políticas públicas quanto nas questões de direito, razão pela qual a análise paradigmática de diversas nuances em torno das tentativas para a resolução do caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro facilita sobremaneira a compreensão do tema e a identificação das muitas visões que pautaram a atuação do poder público do longo do tempo.

Kuhn apresenta o conceito de paradigma como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes da ciência”.⁶¹ Esse significado é intimamente relacionado com a noção de “ciência normal”, que pode ser caracterizada como uma “pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas”, que, por seu turno, “são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior”.⁶²

Por toda a sua obra, Kuhn apresenta quais seriam as condições para mudanças paradigmáticas, processo que comumente tem início com a descoberta de alguma anomalia na ciência, anomalia essa que pode evoluir para uma crise e, assim, proporcionar uma revolução. O conceito de revolução adotado por Kuhn parece muito mais afeto às ciências naturais, em que “o exercício da pesquisa por vezes produz novos paradigmas, novas maneiras de entender

⁶⁰ FREITAS FILHO, *op. cit.*, p. 30.

⁶¹ KUHN, *op. cit.*, p. 13. Entretanto, em um posfácio editado no ano de 1969, Thomas Kuhn admite que, no corpo do texto, utilizou a expressão paradigma para designar coisas diversas. E uma delas seria a chamada matriz disciplinar de um saber. “Disciplinar porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; matriz porque é composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles exigindo uma determinação mais pormenorizada”. Alguns dos principais componentes de uma matriz disciplinar são: (1) as generalizações simbólicas, que funcionam em parte como leis e em parte como definições de alguns dos símbolos que elas empregam; (2) os modelos, identificados como compromissos coletivos com crenças, tais como “o calor é a energia cinética das partes constituintes dos corpos”, fornecendo ao grupo as analogias ou metáforas preferidas ou permissíveis e auxiliando, desse modo, a determinar o que será aceito como uma explicação; (3) por fim, os valores aceitos pelo grupo, os quais, em geral, são mais amplamente partilhados do que as generalizações simbólicas e os modelos, contribuindo, por um lado, para proporcionar aos cientistas um sentimento de pertencimento a uma comunidade global e, por outro, para identificar uma crise ou escolher entre maneiras incompatíveis de praticar a disciplina (KUHN, *op. cit.*, p. 228-239).

⁶² Ibidem, p. 29.

a natureza, de ler seus textos. Mas as pessoas responsáveis por essas mudanças não as buscavam”.⁶³

Essa possibilidade de existirem provocações involuntárias de mudanças evolutivas também é utilizada em obra posterior de Kuhn como critério de diferenciação entre as ciências naturais e sociais:⁶⁴

A reinterpretação que resultou de seus esforços foi involuntária e, com frequência, obra da geração seguinte. Tipicamente, as pessoas responsáveis foram incapazes de reconhecer a natureza do que haviam feito. Contraste-se esse padrão com o padrão normal às ciências sociais de Taylor. Nestas, interpretações novas e mais profundas são o objetivo reconhecido do jogo.

As mudanças no Direito e no campo jurídico, diversamente do que ocorre nas ciências naturais – nas quais pode haver uma revolução mesmo que a comunidade científica não a esteja buscando –, decorrem de opções e decisões políticas. Esta é a peculiaridade da utilização das noções kuhnianas de paradigma em políticas públicas e no direito. Não há acaso nas descobertas científicas do direito. Ao contrário do que ensina a tradição do ensino jurídico positivista⁶⁵, é a política quem molda o direito. E a lei, em políticas públicas, nada mais é do que o principal instrumento operacional de determinada política, pois confere a um programa ou a um plano governamental o respaldo jurídico-normativo necessário para a sua execução. Freitas Filho, ao discorrer sobre paradigmas no direito, alerta⁶⁶:

Se é certo que há uma cultura jurídica, tanto de formação do ator jurídico, quanto de aplicação do Direito na atuação prática do mesmo, há um saber hegemônico sobre o Direito, uma convicção assente sobre o papel social do ator jurídico, sobre os valores que fundamentam a sua *praxis* profissional, bem como sobre uma determinada teoria jurídica.

63 KUHN, Thomas S. As ciências naturais e as ciências humanas. Trad. Cesar Mortari. In: KUHN, Thomas S. *O Caminho Desde a Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 272.

64 Ibidem.

65 FREITAS FILHO, *op. cit.*, p. 26-27, apresenta o cenário do ensino jurídico tradicional nos bancos universitários brasileiros: “A veiculação da cultura jurídica nas faculdades dá-se numa perspectiva pretensamente científica, por um lado, e ideológica, por outro. Na primeira são conferidos ao estudante uma visão do que seja o Direito, de ciência do Direito, do método de conhecimento do fenômeno jurídico e da aplicação prática do Direito enquanto sistema normativo. De outro lado, os padrões da capacitação profissional do ator jurídico, significando o conjunto de atitudes e procedimentos do ator jurídico em seu exercício profissional. As duas visões ora expostas são as chamadas visão lógico-formal e a visão liberal. A visão lógico-formal se funda no normativismo lógico e a visão liberal nos princípios gerais da ideologia liberal importada da Europa (...). A legalidade e a validade como conceitos privilegiados, o trato das disciplinas de forma estanque, a não interdisciplinariedade e a desconsideração da política na influência da criação da norma. Tais características fazem do ator jurídico um aplicador não questionador do Direito e das normas”.

66 Ibidem, p. 29-30.

Com efeito, nas últimas décadas do século passado testemunhou-se nos países do ocidente uma espécie de crise relativa aos dogmas tradicionais do direito, tendo como fator principal a necessidade de superação do chamado formalismo jurídico, correlato à dominância das tradições juspositivistas e do normativismo jurídico. Isso se deu, fundamentalmente, pela decisiva necessidade apontada ao direito para o fornecimento de instrumentos, ferramentas e mecanismos aptos a resolver problemas concretos, especialmente problemas sociais. Há alguns anos, pois, vivia-se na ciência jurídica período no qual certas pressuposições sobre a ciência e suas repercussões sociais e sobre a própria sociedade, estavam fixos e perdiam importância em razão de sua rigidez, imobilidade.

O sistema jurídico, então, principalmente com a revolução tecnológica, o adensamento da complexidade das relações sociais causada pela interligação em rede de pessoas, países, organismos e instituições (nacionais, internacionais ou transnacionais), começa a mostrar-se insuficiente para regular as relações sociais, para resolver os problemas concretos vivenciados pelas pessoas. Vive-se, pois, aquilo que Kuhn designa como *anomalia*⁶⁷:

(...) descobriremos rapidamente que elas [descobertas] não são eventos isolados, mas episódios prolongados, dotados de uma estrutura que reaparece regularmente. A descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal. Segue-se então uma exploração mais ou menos ampla da área onde ocorreu a anomalia. Esse trabalho somente se encerra quando a teoria do paradigma for ajustada, de tal forma que o anômalo se tenha convertido no esperado.

Não se pode negar que o sistema jurídico é pretensioso em sua intenção: regular as relações humanas – e para o paradigma juspositivista essa regulação refere-se a uma questão de validade normativa. Nesse amplo leque, as possibilidades de anomalia são maiores. Kuhn observa que “a anomalia aparece somente contra o pano de fundo proporcionado pelo paradigma” e assevera que “quanto maiores forem a precisão e o alcance de um paradigma, tanto mais sensível este será como indicador de anomalias e, conseqüentemente de uma ocasião para a mudança de paradigma”⁶⁸.

Fala-se, pois, nos dias atuais, em *crise do juspositivismo*⁶⁹ e de fato se observa um tensionamento entre regras postas e valores, entre aquilo que se configura moral e aquilo que é jurídico, de modo que se verifica uma nítida aproximação entre o direito (e dos juristas que o operam) e os campos ético e social. Esse movimento torna-se sobremaneira factível quando

⁶⁷ KUHN, *op. cit.*, p. 78.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 92.

⁶⁹ Cf. FREITAS FILHO, *op. cit.*

direito e política se relacionam nos tribunais, notadamente quando os processos discutem questões atinentes aos *direitos sociais*.

Assim, tem disso comum observar na literatura jurídica brasileira dos últimos anos certa crença em uma atuação robusta do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, através da construção e interpretação de princípios e valores ditos constitucionais que personificam nas decisões judiciais cânones de moralidade absolutamente genéricos. Tornou-se lugar comum nas decisões dos tribunais a apresentação de fundamentos calcados na dignidade da pessoa humana, na justiça social, na justiça distributiva, no interesse público, na igualdade, na reserva do possível, na razoabilidade, etc. Tudo isso reflete, em certa medida, em razão da indeterminação das regras de direito, o caráter discricionário, valorativo e eminentemente interpretativo presentes nas decisões judiciais. Para Hans Kelsen⁷⁰, principal expoente da ciência jurídica que influenciou a forma de se pensar direito no século 20, isso não era um problema que pertencia à ciência jurídica, mas sim aos campos da moral ou da política.

O jurista e filósofo austríaco admitia que não havia critério jurídico que pudesse designar qualquer prioridade interpretativa entre uma das possibilidades inscritas na moldura fato-norma à outra possibilidade também encontrada no sistema jurídico. Em *Teoria Pura do Direito*, não existe o apontamento de um método de direito positivo que aponte qual das várias significações possíveis de uma norma pode ser destacada como *correta*. A polissemia da linguagem apresenta dificuldades intransponíveis ao apontamento de só uma determinada solução jurídico-normativa. Assim como as reais intenções do aplicador (tenham elas natureza filosóficas, políticas, ou mesmo de conveniência).

Entretanto, como dito, para Kelsen não se trata de problema afeto à teoria do direito, mas sim de política do direito, campo regido por normas morais ou correlatas ao *justo*. Na visão kelseniana, então, a interpretação feita pelos órgãos aplicadores do Direito – interpretação autêntica – não constitui um ato de conhecimento, mas sim um ato volitivo, que pode realizar não apenas “uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”⁷¹.

Pois bem. Os muitos anos decorridos da publicação da *Teoria Pura do Direito* encarregaram-se de demonstrar que a aproximação entre o político e o jurídico torna-se cada

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁷¹ *Ibidem*, p. 394.

vez mais intensa, constituindo a discricionariedade da decisão judicial um dos principais problemas atuais desta nova fase do direito (que muitos chamam de pós-positivismo). Portanto, na relação entre política e direito, nos tribunais, o problema da discricionariedade relaciona-se umbilicalmente aquilo que tem se denominado *ativismo judicial* e controle judicial de políticas públicas⁷².

Contudo, não nos interessa aqui abordar o tema sob a perspectiva do *controle judicial de políticas públicas*, admitida sem grandes objeções pelos juristas brasileiros (que tentam incansavelmente explicar quais seriam os limites desse controle), decorrente dos direitos sociais explicitamente presentes na Constituição ou dos princípios – claros ou não – que os tribunais brasileiros tradicionalmente consagram como fundamento jurídico das possibilidades de intervenção e conseqüente controle das políticas públicas. Uma abordagem sob esse enfoque nos obrigaria a concentrar esforços voltados a analisar somente a relação entre as decisões judiciais proferidas acerca do caso do Jardim Botânico e seus limites quanto à resolução do problema.

Diversamente, interessa-nos investigar a interação entre os tribunais e a Administração Pública, tradicionalmente responsável pela formulação e execução de políticas públicas. Ou seja, em que medida a intervenção e o *controle* judiciais podem contribuir para um melhor aproveitamento das políticas públicas que visam a solucionar problemas concretos ou, ainda, em que medida essa intervenção pode-se tornar um desastre. E essa investigação torna-se particularmente interessante porque o problema se protraí no tempo e esbarra em diferentes paradigmas orientadores da formulação das políticas e das próprias decisões judiciais e administrativas (aqui me refiro ao TCU) sobre o tema.

Sendo assim, meus objetivos ao trabalhar com noções de paradigma no direito e nas políticas públicas são dirigidos a um sentido lógico amplo, antes que histórico-descritivo. Não nos prenderemos aos detalhes dos rigores e descrições históricas para sublinhar considerações que tenham um relevo lógico-fundamental sobre o destino da objetividade relativa ao caso concreto que consubstancia nosso objeto de pesquisa.

Nesse contexto, as noções de paradigma aqui empregadas refletem sobremaneira a influência do elemento tempo tanto no direito quanto na política e permitem uma abordagem que identifica as visões acerca do problema, os discursos emanados de diversos atores públicos responsáveis pela realização das políticas e a interação entre esses atores, bem como

⁷² Sobre o tema, conferir BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

os inúmeros conflitos que decorrem dessa desconexão entre a atuação do poder público e dos tribunais, de modo que a definição dos paradigmas torna-se elemento essencial para a metodologia que adotaremos.

2.7. A questão da justiça

Em nossa pesquisa constatamos que diversas noções de justiça orientam uma pluralidade de argumentos para a adoção de uma ou outra solução. Devemos assentar que o debate na teoria política norte-americana entre utilitaristas e comunitaristas – e a especial contribuição da última corrente em torno das concepções morais da noção de justiça –, definitivamente marcado nos anos 1980, depois de uma década da publicação de *Uma teoria da justiça*, em 1971, de John Rawls⁷³, certamente possui implicações diretas nas discussões do direito, inclusive no Brasil, ainda mais quando se voltam os olhos para a prática das instituições brasileiras que têm a função de decidir (quer tenha esta decisão natureza judicial, quer seja de natureza política).

Assim, nesta altura do texto, voltaremos os olhos para esse debate político-filosófico, os seus desdobramentos e a influência da crítica comunitarista ao direito, bem como a sua reverberação na doutrina brasileira. Saliente-se que as nuances estadunidenses na concepção de justiça não raro encontram forte resistência dos operadores brasileiros do direito.

Entretanto, cabe-nos demonstrar a validade da teoria política desenvolvida pela crítica comunitarista estadunidense e a sua especial contribuição para as noções de justiça em sua concepção contemporânea, o que faremos já no próximo capítulo. Nessa linha, a lição de diversos expoentes da filosofia e teoria política norte-americana que influenciam o pensamento atual, tais como Rawls, Macintyre⁷⁴, Walzer⁷⁵, Sandel⁷⁶, Liu⁷⁷, Taylor⁷⁸, Selznick⁷⁹ servem de norte teórico para a exposição que se pretende aqui realizar, no que respeita às noções e contornos de justiça que são adotados em nossa análise crítica inerente aos fatos e decisões relacionados ao nosso objeto de estudo.

⁷³ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁷⁴ MACINTYRE, *op. cit.*

⁷⁵ WALZER, Michael. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.

⁷⁶ SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

⁷⁷ LIU, Goodwin. *Rethinking Constitutional Welfare Rights*. *Stanford Law Review* 61, no. 2, 2008-2009.

⁷⁸ TAYLOR, Charles. *Atomism*. In *Communitarianism and Individualism*, New York: Oxford University Press, 1992, p. 29-50.

⁷⁹ SELZNICK, Philip. *The Idea of a Communitarian Morality*. *California Law Review* 75, n. 1, 1987, p. 445-464.

Nesse contexto, deve-se destacar que a pretensão de Rawls de fundar, na justiça, uma estrutura básica da sociedade compreendida pela distribuição de direitos e deveres fundamentais e das vantagens resultantes da cooperação social pelas instituições mais importantes, sejam elas políticas, econômicas ou sociais⁸⁰ e as pertinentes pontuações comunitaristas que se seguiram, embora resultado de uma longa tradição do pensamento liberal estadunidense, tiveram impactos significativos na teoria política por todo o globo, mormente nos países da *common law*. Todavia, parecem não ter encontrado no debate brasileiro a merecida ressonância.

Para a nossa surpresa, as diferenças entre as sociedades e tradições brasileiras e americanas não constituíram o propagado (posto que falso) empecilho para que encontrássemos elementos cruciais na teoria política americana que nos pudessem ser de extrema utilidade, de modo a promover um diálogo entre essa teoria e as argumentações constantes das decisões concretas que mais adiante abordaremos.

De se ressaltar que toda a crítica comunitarista que sucedeu Rawls demanda, em primeiro lugar, a compreensão da teoria desenvolvida por ele. E o primeiro contato com *Uma teoria da justiça* (1971) para o operador treinado no seio da tradição jurídica brasileira somente se configura uma experiência proveitosa acaso se tenha a exata noção de que os contornos da *igualdade*, da *equidade*, da *justiça* e do *bom* possuem matrizes completamente diversas nos dois sistemas.

Do artigo intitulado Qual o sentido de Rawls para nós? Luiz Abreu apresenta elementos que possibilitam uma melhor compreensão, de fato uma tradução, daquela noção de justiça como equidade (*fairness*) pensada por Rawls, adaptada à linguagem usual da tradição jurídica brasileira⁸¹:

A ideia de justiça como equidade então poderia ser traduzida da seguinte maneira para um leitor brasileiro: é o procedimento que garante a possibilidade igual para todos de escolherem os princípios da justiça que melhor representem aquilo que é razoável para cada um, sem influências que possam, de alguma maneira, distorcer a igualdade fundamental entre todos; em outras palavras, a posição original e do véu da ignorância etc. são instrumentos que permitem, pelo menos no plano do pensamento, a emergência da igualdade substantiva dos cidadãos como parâmetro de construção do político. O ponto é que a estranheza que sentimos diante das idéias de Rawls é um dado que desvela aspectos importantes da nossa tradição. Acredito que a estranheza se baseie em duas diferenças importantes: o tipo de individualismo suposto na justiça como equidade e o fundamento das regras de cooperação social.

⁸⁰ RAWLS, *ob. cit.*, p. 7-8.

⁸¹ ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. *Qual o sentido de Rawls para nós?* Revista de Informação Legislativa. Brasília. 2006, a. 43, n. 172, p. 160.

Abreu compreende a tradição do pensamento jurídico brasileiro como contida num sistema mais amplo de valores e ideias e, portanto, formada não apenas pelas elaborações conscientes da doutrina e da jurisprudência em face dos enunciados normativos das diversas regras jurídicas presentes no ordenamento positivo brasileiro, mas “principalmente pela relação disso com a prática social da atividade jurisdicional e as categorias culturais mais amplas que, muitas vezes, o campo do direito reelabora de uma maneira muito particular”⁸². Essa visão é bem relevante para as considerações que estamos a tecer.

Nesse prisma, o direito deve ser percebido como um produto da sociedade, apesar de sua relativa autonomia para com outras esferas da realidade social, em função da tradição de seus métodos próprios e de sua prática. Em Rawls a justiça, ou melhor, a noção do que seja uma sociedade justa, passa pela vinculação da ideia em torno da “posição original”, para se alcançar o equilíbrio reflexivo a partir de um método de diálogo progressivo estabelecido por ele com o seu leitor, segundo o qual se presume consenso acerca de determinados valores presentes numa tradição política e jurídica – que são compartilhados entre autor e leitor – e materializados através de julgamentos intuitivos.

Nesse sentido, o diálogo que propõe Rawls baseia-se na capacidade de as soluções corresponderem aos julgamentos intuitivos ou, como ele mesmo afirma⁸³:

(...) podemos observar se a aplicação destes princípios [escolhidos na posição inicial] nos levaria a fazer, a respeito da estrutura básica da sociedade, os mesmos julgamentos que agora fazemos intuitivamente e nos quais depositamos maior confiança (...). Podemos então avaliar uma interpretação da situação inicial pela capacidade de seus princípios em atender às nossas convicções mais profundas e oferecer orientação onde se fizer necessário.

Ora, justamente esse diálogo entre as formulações da situação inicial e os julgamentos intuitivos do leitor fornece um critério crítico auto-referenciado que Rawls formula da seguinte maneira⁸⁴:

(...) às vezes alterando as condições das circunstâncias em que se deve obter o acordo original, outras vezes modificando nossos juízos e conformando-o com os novos princípios, suponho que acabaremos encontrando a configuração da situação inicial que ao mesmo tempo expresse pressuposições razoáveis e produza princípios que combinem com nossas convicções devidamente apuradas e ajustadas. A esse estado de coisas eu me refiro como equilíbrio ponderado. Trata-se de um equilíbrio porque finalmente nossos princípios e opiniões coincidem; e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conforma e conhecemos as premissas das quais derivam. Neste momento tudo está em ordem.

⁸² Ibidem, p. 150.

⁸³ Rawls, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁴ Ibidem, p. 23.

Tem-se, então, novamente em Abreu, a seguinte passagem a destacarmos⁸⁵:

A leitura de Uma teoria da justiça pode ser percebida, então, como a proposta de um encontro hermenêutico, do leitor com o mundo do texto (Cf. RICOEUR, 1986), mundo construído de forma a trazer ao primeiro plano uma tradição de pensamento a partir dos juízos intuitivos do leitor. Dessa perspectiva, é possível propor que, em Rawls, a propriedade hermenêutica do encontro é ao mesmo tempo um instrumento metodológico e político: metodológico porque constrói o caminho que o texto nos propõe, e, nesse sentido, o critério auto-referenciado está presente na própria estrutura do texto; o encontro também é político, porque ele pretende uma modificação daquilo que, com muito cuidado, poderíamos chamar de “política íntima” – a idéia é que a maneira de ver o mundo do indivíduo tem conseqüências políticas e que, inversamente, certos tipos de mudanças políticas (do tipo que, por exemplo, Rawls propõe) exigem uma modificação na maneira como os indivíduos vêem o mundo – ou pelo menos, como veremos adiante, vêem a política.

Vê-se, pois, que o ponto central da tese de Rawls em *Uma Teoria da Justiça* refere-se à proposição de critérios a partir dos quais seria possível discutir o justo. E esses critérios, ao fim e ao cabo, ainda que se pense nas instituições, decorrem das influências que os seres humanos exercem uns sobre os outros, seja no campo da moral ou no campo da ética.

Notadamente, a posição social ocupada por cada indivíduo que se propõe a emitir juízos de justiça possui peso destacado nesse jogo e isso impacta diretamente a noção de igualdade em Rawls, uma vez que o ponto de partida (véu da ignorância) – condição para a eliminação das diferenças individuais naturais – é o próprio reconhecimento da desigualdade entre os sujeitos membros de uma dada sociedade⁸⁶.

Aproximando a abordagem de Rawls relativamente aos conceitos de igualdade e em especial de *justiça com equidade* para o problema enfrentado pela Comunidade do Horto, a partir do mapeamento analítico dos diversos discursos e seus argumentos em torno da questão (traduzidos para o campo jurídico através das manifestações que encontramos no processo

⁸⁵ ABREU, *op. cit.*, p. 154.

⁸⁶ ABREU formula da seguinte maneira: “numa sociedade real, os argumentos dos indivíduos sobre o que seria justo estão efetivamente influenciados pelas suas respectivas posições sociais, riqueza, valores religiosos, crenças pessoais, as escolhas éticas, a história pessoal etc. Mais ainda, esses condicionantes representam posições sociais assimétricas, quer dizer, elas incorporam não apenas diferenças individuais, mas sobretudo desigualdades. Essas desigualdades, por sua vez, não são apenas o resultado do esforço pessoal numa situação de igualdade de oportunidades, mas são construídas e perpetuadas socialmente. Em outras palavras, os argumentos sobre o que seria justo numa sociedade real potencialmente – e na minha opinião de fato – refletem, nalguma medida, as injustiças da própria sociedade. Como alguém poderia depositar confiança nos juízos construídos dessa forma? Nesse sentido, a posição original, o véu da ignorância, a suposição dos indivíduos racionais e a questão de qual seria a decisão mais racional numa situação assim delineada servem como instrumentos analíticos que permitem formular uma conjectura (o termo é do próprio RAWLS, 1995, p. 139), conjectura que pode basear os argumentos que utilizamos em situações discursivas reais. Teríamos boas razões para depositar confiança nesses argumentos, porque: (a) eles representam juízos que seriam o resultado de uma situação equitativa; e (b) podem ser criticados tanto em relação ao seu procedimento (se o método foi bem empregado) como, principalmente, (c) em relação ao seu conteúdo”. (ABREU, *ob. cit.*, p. 155).

administrativo que temos como objeto de estudo), poderíamos, em tese, estar aptos a construir ou ao menos delinear uma conjectura que nos permitiria encontrar qual seria a decisão mais racional, ou seja, a mais justa – depois de colocados todos os pratos à mesa.

Contudo, as lições de Rawls, aqui valiosas para a aproximação com a doutrina norte-americana, servem muito mais à filosofia do que à teoria política. Nossa intenção aqui é, rememorando o que dito linhas acima, trilhar um caminho que se situe entre a norma jurídica e a realidade social. Não se trata, pois, de pressupormos uma sociedade idealmente justa. Trata-se de voltar os olhos à realidade.

Assim sendo, não há como afastarmos que a complexidade das relações entre os mais diversos atores envolvidos no processo administrativo que trata do Jardim Botânico do Rio de Janeiro permite uma abordagem voltada para a percepção, no campo da prática, de como o direito à moradia se situa diante do discurso do tombamento do Jardim, da preservação ambiental e da expansão da botânica, assim como em qual medida o poder público tem enfrentado esse sensível problema e definido a maneira de execução de suas políticas para o local. E mais: em que medida a atuação judicial, a partir da pulverização dos direitos em ações individuais propostas contra os moradores da Comunidade do Horto, contribui ou embaraça a execução das políticas públicas voltadas à região.

E as lições dos comunitaristas estadunidenses são essenciais para este exercício de analisar práticas institucionais. O professor britânico radicado nos Estados Unidos Alasdair MacIntyre, talvez o maior nome da crítica comunitarista contemporânea, no clássico *Depois da virtude*⁸⁷, ao contrário de representantes da filosofia analítica que tradicionalmente buscaram generalizar as concepções morais a partir de uma ideia fulcrada na racionalidade, apresenta uma descrição histórica em torno da ética, a fim de iluminar o problema moderno das “incomensuráveis” noções morais, dos vários discursos originados dessas noções e dos conflitos sociais a partir daí surgidos.

Seu argumento é construído a partir de uma análise das tradições humanas, inclusive das tradições valorativas, ao longo dos séculos. Nessa linha, a comunidade seria moldada pela tradição das práticas⁸⁸ humanas, de modo que o indivíduo seria guiado por elas, até porque ele já nasce inserido em uma dada comunidade, ou seja, o indivíduo é a ela subserviente, e não o contrário.

⁸⁷ MACINTYRE, *ob. cit.*

⁸⁸ “O significado que darei à “prática” será o de qualquer forma coerente e complexa de atividade humana cooperativa, socialmente estabelecida, por meio da qual os bens internos a essa forma de atividade são realizados durante a tentativa de alcançar os padrões de excelência apropriados para tal forma de atividade, e parcialmente dela definidores, tendo como consequência a ampliação sistemática dos poderes humanos para alcançar tal excelência, e dos conceitos humanos dos fins e dos bens envolvidos” (Ibidem, p. 316)

Pontue-se que para o individualismo liberal de Rawls, a comunidade é simplesmente um campo no qual cada indivíduo busca sua própria concepção de boa vida, e as instituições políticas existem para proporcionar um nível de ordem tal que essa atividade autodeterminada se viabilize. Cooperação social, então, significa estabelecer regras comuns pelas quais vamos instituir nossas limitações, bem como nossa liberdade de perseguir os bens internamente desejados. Rawls sustenta que o governo e as leis são (ou devem ser) neutros entre conceitos rivais da boa vida para os homens, e, por conseguinte, embora caiba ao governo promover a obediência às leis, na visão liberal não é função legítima do governo inculcar nenhuma perspectiva moral nas pessoas. Na história da humanidade, essa não se mostra uma perspectiva verdadeira.

Já MacIntyre, tomando como pressuposto a ocorrência de uma *catástrofe* que tenha colocado em verdadeira desordem a cognição humana em relação aos significados da moral, sustenta como hipótese que a linguagem da moralidade também se encontra nesse estado de grave desordem, em escala global⁸⁹. Para o autor, dispomos apenas de fragmentos de um esquema conceitual, ou seja, partes das quais faltam os contextos de onde derivam os seus significados: “temos, na verdade, simulacros da moralidade, continuamos a usar muitas das suas expressões principais. Mas perdemos – em grande parte, se não totalmente – nossa compreensão, tanto teórica quanto prática, da moralidade”⁹⁰. A derrocada de uma sistematização coerente em torno das concepções sobre a moral, na obra do professor estadunidense, pode ser sentida nos dizeres a seguir⁹¹:

O esquema do declínio moral que essas observações pressupõem seria, como afirmei anteriormente, um esquema que exigiu a discriminação de três estágios distintos; o primeiro, no qual a teoria e a prática normativas e, mais especialmente, morais, contêm genuínos padrões objetivos e impessoais que proporcionam justificativa racionais para as normas, atos e juízos particulares que são, por sua vez, suscetíveis de justificativa racional; um segundo estágio, no qual existem tentativas mal-sucedidas de garantir objetividade e impessoalidade dos juízos morais, mas durante o qual o projeto de proporcionar justificações racionais por meio de padrões, como também para os próprios padrões, se degrada continuamente; e um terceiro estágio, no qual as teorias do tipo emotivista conquistam ampla aceitação implícita devido a um reconhecimento geral implícito na prática, embora não na teoria explícita, de que não se pode garantir a objetividade e a impessoalidade.

⁸⁹ “Naturalmente não posso negar, e na verdade a minha tese exige, que a linguagem e as aparências da moralidade persistam, embora a substância integral da moralidade tenha se fragmentado muito e, assim, tenha sido, em parte, destruída. Por isso não há incoerência quando falo, como farei adiante, de posturas e argumentos morais contemporâneos. Simplesmente faço ao presente a cortesia de usar seu próprio vocabulário para falar dele”. (Ibidem, p. 20).

⁹⁰ Idem, p. 15.

⁹¹ Idem, p. 43-44.

Nesse compasso, a característica mais marcante da linguagem moral contemporânea é a sua utilização para expressar discordâncias, sendo que o atributo fundamental dos debates que reverberam essas discordâncias é o seu caráter interminável. Por evidente, o discurso dos tribunais, mesmo que sob o abrigo das tradições e métodos jurídicos, nas hipóteses em que lidam com multi-interesses albergados pela lei (em sentido amplo) e pela *plausibilidade moral* de cada argumento adversário, também reflete essa característica.

Discorrendo sobre o assunto, MacIntyre aponta três razões para a eternização desses debates morais na sociedade: a incomensurabilidade conceitual dos argumentos (cada premissa lançada em cada discurso adversário emprega um conceito normativo ou avaliativo bem diferente uma das outras); o disfarce das argumentações que se materializam sob o manto de racionais impessoais (o elo especial entre o contexto da elocução e a força da justificativa, que sempre se mantém no caso de expressões de preferências ou desejos pessoais, se rompe no caso de elocuições morais ou valorativas); a diversidade de origens históricas das premissas, conceitualmente distintas e incomensuráveis, das argumentações adversárias que são expostas nos debates morais contemporâneos. Assim, diante dessa problemática e na tentativa de desemaranhar as afirmações diversas e adversárias historicamente presentes na teoria e na filosofia política, MacIntyre propõe uma abordagem diferente acerca da virtude⁹²:

O que (...) proporciona de maneira semelhante a fundamentação necessária para tornar inteligível o conceito de virtude? É na resposta a essa pergunta que se torna claro o caráter complexo, histórico e multifacetado do conceito central de virtude, e cada um desses estágios tem seu próprio contexto conceitual. O primeiro estágio requer uma explicação contextualizadora do que chamarei de prática, o segundo, uma explicação do que já caracterizei como ordem narrativa de uma vida humana singular, e o terceiro, uma explicação muito mais completa do que a que elaborei até agora do que constitui uma tradição moral. Cada estágio posterior pressupõe o anterior, mas não o contrário. Cada estágio anterior é modificado e reinterpretado à luz de cada estágio posterior, mas também oferece um constituinte essencial de cada estágio posterior. O progresso no desenvolvimento do conceito está intimamente ligado à história da tradição da qual forma o núcleo, embora não a recapitule de maneira direta.

Mais adiante complementa⁹³:

Que as virtudes precisem ser, inicialmente, definidas e explicadas com base na noção de prática, de forma nenhuma implica a aprovação de todas as práticas em todas as circunstâncias. Que as virtudes (...) sejam definidas, não nos termos de práticas boas e certas, mas de práticas, não implica que as práticas conforme realizadas em determinadas ocasiões e locais, não precisem de crítica moral. E não faltam recursos para tal crítica. Em primeiro lugar, não há incoerência em apelas aos

⁹² Idem, p. 314-315.

⁹³ Idem, p. 336-337.

requisitos de uma virtude para criticar uma prática. Pode-se definir inicialmente a justiça como uma disposição que, à sua maneira especial, é necessária para sustentar as práticas; disso não se segue que não se deva condenar as transgressões à justiça ao se buscar atender os requisitos de uma prática.

É preciso salientar que os comunitaristas rejeitam a ideia de que os valores que guiam a política podem ser justificados num sentido lógico, a partir de uma primeira premissa indubitável e, então, gerar padrões de ações na política que possam ser fundados em qualquer pensamento racional. Na esteira do pensamento comunitarista, as instituições políticas – que bem representam a consecução das práticas humanas – geram expectativas da coletividade e, quando falham em sua missão, fomentam a descrença das pessoas. Esse argumento também está presente em Michael Walzer, em *Spheres of Justice*⁹⁴.

Aliás, informado pelas ideias centrais de Walzer, o professor da Universidade da Califórnia Goodwin Liu⁹⁵, abordando o reconhecimento judicial de direitos sociais, argumenta que a legitimidade desse reconhecimento depende dos modos de raciocínio socialmente situados que se sustentem não em princípios morais transcendentais de uma sociedade ideal, mas em significados culturalmente e historicamente contingentes de determinados bens coletivos em nossa própria sociedade.

Para Liu, a existência de um direito social depende, *prima facie*, de programa previsto em legislação, daí porque os tribunais judiciais, de maneira geral, deveriam se limitar a exercer um papel de aceleração ou de correção na implementação desses direitos. Já o professor brasileiro Eduardo Appio, privilegiando certa extensão dos contornos de democracia participativa⁹⁶ à atuação do Judiciário, afirma⁹⁷:

A principal função do Poder Judiciário brasileiro no contexto político do século XXI será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não tem acesso aos canais de comunicação com o poder político. Neste sentido, não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras equitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos.

Em nossa linha de visão, quanto maior o grau de participação, mais próxima da justiça será uma decisão governamental (ou política) na implementação de suas políticas. No

⁹⁴ WALZER, *op. cit.*

⁹⁵ LIU, *op. cit.*, p. 242.

⁹⁶ Sobre o tema, conferir: BARBER, Benjamin R., *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. University of California Press, 2004.

⁹⁷ APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 78.

caso concreto aqui dissecado, veremos que os níveis de participação são baixíssimos, exceto no que tange à participação das instituições públicas na CCAF.

Pois bem. Uma vez que as concepções morais compartilhadas pela sociedade são, em última análise, sujeitas à revisão democrática, ainda que bem lentamente, os tribunais não podem fixar indefinidamente os exatos contornos de um direito social. Dessa maneira, as manifestações institucionais acerca dos direitos sociais refletem mais o caráter contingente dos julgamentos sociais coletivos do que a lógica de uma teoria moral abrangente. Assim, no exercício de politologia que aqui realizaremos, essas nuances restarão explicitadas na prática.

Evidentemente que não pretendemos aqui esgotar os contornos do significado de justiça, mas apenas traçar uma linha geral de pensamento a qual nos filiamos, de modo a demonstrar, a partir do caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, que os discursos institucionais emanados das instituições públicas não seguem critérios uniformes na construção dos seus argumentos nem tampouco levam em conta a realidade histórica da formação da Comunidade do Horto, o que disfarça a atuação – orquestrada ou não – de uma elite econômica e política que se opõe ao direito de moradia de uma população mais pobre em um dado espaço territorial, desprezando que, em seus primórdios, a ocupação naquela região surgiu exatamente pela presença de trabalhadores, agora alvos de exclusão desse processo de participação na cidade formal, especialmente pelo enobrecimento e valorização da zona sul da cidade do Rio de Janeiro.

Ver-se-á, pois, como, no caso concreto, sob a alcunha de racionais, os argumentos acabam se perdendo por não possuírem a mesma estrutura de premissas, por não considerarem fatores históricos e por refletirem uma cultura essencialmente emotivista para a apreciação de problemas sociais. É nessa linha de pensamento que se torna viável, a partir dos contornos da aplicação do *justo* ao caso concreto, a análise de processo administrativo (nosso objeto de pesquisa), que reúne em seu bojo interesses tão complexos e diversos entre si.

Capítulo 3. Contextualizando os fatos

3.1. O caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro

Nos primeiros 170 anos de funcionamento do Jardim Botânico, a existência de moradias e de outras estruturas edificadas dentro de imóvel da União, estranhas ao objeto do bicentenário Jardim, pareciam não incomodar o poder público ou interferir no bom funcionamento dos espaços de pesquisa e visitação. Como dito linhas acima, esse comportamento perdurou até meados da década de 1980, quando a presença das habitações começou a sofrer fortes impugnações, especialmente na esfera judiciária.

Diante do alto crescimento do número de moradias operado na década de 1970 e da constatação de que boa parte dos moradores não tinha quaisquer vínculos com a Administração Pública aptos a justificar a permanência no local, a partir da segunda metade dos anos 1980, mais de duas centenas de ações judiciais de reintegração de posse⁹⁸ – que até hoje desafiam o Judiciário – foram propostas pelo poder público objetivando a retomada das áreas onde se situam as habitações. O pólo ativo dessas ações judiciais, tendo em vista as profundas alterações orgânicas por que passou a Administração Pública no período (com a promulgação da Constituição da República e de diversas novas leis estruturantes), inicialmente foi integrado pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF⁹⁹, que foi sucedido pelo IBAMA, depois Ministério Público Federal¹⁰⁰ e, finalmente, União (representada judicialmente pela Advocacia-Geral da União).

Algumas dessas ações judiciais começaram a apresentar resultados práticos somente no início do século 21, tendo a Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro sentenciado a procedência dos pedidos e decretado o direito de a União ser reintegrada na posse dos imóveis localizados dentro da área do parque a ela pertencente.

O cumprimento e a execução dessas determinações frequentemente encontram variáveis decorrentes da realidade social inerente à comunidade local, da compreensão acerca do novo paradigma conferido à gestão do patrimônio da União à luz do direito à moradia nos

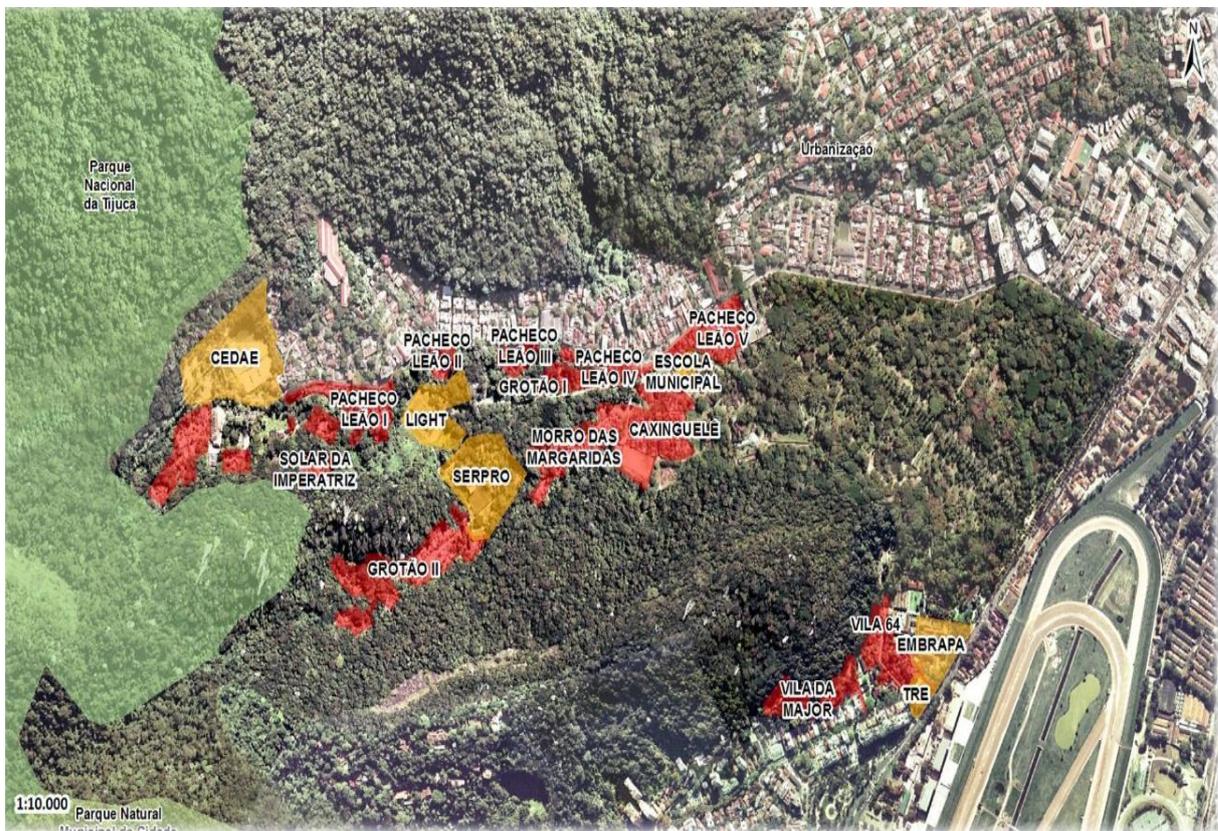
⁹⁸ Segundo dados do processo administrativo n. 00405.008207/2010-50, existem 268 ações possessórias identificadas, em fases processuais distintas e heterogêneas.

⁹⁹ O IBDF foi criado pelo Decreto-Lei n. 289/1967. Tratava-se de autarquia federal vinculada ao Ministério da Agricultura, encarregada de temas afetos às florestas brasileiras. Foi extinto pela Lei n.º 7.732/89, e sucedido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA (Lei n. 7.735/89).

¹⁰⁰ Deve-se frisar que o MPF, nos últimos 25 anos, também propôs ações autônomas, inclusive de natureza *coletiva*, conforme adiante será comentado.

últimos anos, e do regime jurídico especial de preservação e conservação a que está submetida a área utilizada pelo Jardim Botânico.

Essas ações objetivaram a retomada de áreas onde se situam atualmente 621 habitações – a Comunidade do Horto, que se localiza dentro dos limites de propriedade da União Federal onde também fica o Jardim Botânico do Rio de Janeiro. Deve-se contextualizar que, no mesmo ambiente, localiza-se ainda uma das sedes do SEPRO (Serviço Federal de Processamento de Dados), que conta com aproximadamente 2 mil funcionários trabalhando no local. O mapa (2) demonstra a situação das edificações e instalações presentes dentro da área pública da União:



Mapa 2 – Imagem de satélite da região. Em vermelho, aglomerados urbanos ocupados por residências. Em amarelo, edificações onde funcionam órgãos ou serviços públicos (note-se que Embrapa e TRE não se encontram inseridas no perímetro de área da União).

Como se percebe, em regra os espaços territoriais utilizados não se confundem, não se descartando, contudo, esse tipo de ocorrência. Certo é que a proximidade e os tênues limites sempre permitiram uma comunicação e uma interação contínua entre os múltiplos interesses latentes sobre a questão.

Deve-se repisar que toda a área (parque, instalações públicas e comunidade do Horto) é pertencente à União e deveria ser, em tese, gerida pelo Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro – IPJBRJ, autarquia federal vinculada ao Ministério do Meio

Ambiente (MMA). Assim, todas as implicações resultantes deste regime, especialmente relativos à personalidade jurídica própria (com natureza de direito público), autonomia administrativa, financeira e para ajuizar ações, são inerentes à instituição¹⁰¹.

A origem do problema é antiga e retroage especialmente ao início do século 19, a partir da desapropriação da fazenda de engenho anteriormente pertencente a Rodrigo de Freitas Mello e Castro (que dá nome à famosa lagoa situada na zona sul da cidade do Rio de Janeiro)¹⁰², promovida, à época, por Dom João VI. Com a vinda da família real para o Brasil em 1808, o governante desejava implementar no local – como de fato o fez – uma fábrica de pólvora e uma fundição de artilharia visando à proteção da Corte Portuguesa (havia temores inerentes às invasões napoleônicas na Europa). Tais instalações bélicas ali permaneceram até o ano de 1826¹⁰³. Também visava o governante à preservação e expansão da botânica, com o resguardo das espécies nativas europeias e sua adaptação ao Brasil, além do fomento ao cultivo de especiarias na Colônia, o que ensejou, ainda no ano de 1808, a instalação de um jardim de aclimação, logo depois denominado “Real Horto”.

Levando-se em consideração que se tratava de local ermo, situado na zona rural distante do centro urbano onde se concentrava boa parte da população carioca, permitiu-se, nos anos seguintes, a progressiva instalação de residências para moradia dos trabalhadores da fábrica de pólvora, mas não só: nas décadas seguintes também foram ali se instalando, sem oposição por parte do poder público – gestor do espaço – funcionários, colaboradores, pesquisadores, enfim, estruturas e prestadores de serviços necessários ao bom funcionamento do próprio Jardim Botânico, além de ocupações de naturezas diversas que acabaram se desenvolvendo tolerada e naturalmente¹⁰⁴.

¹⁰¹ Criada pela Lei n. 10.316, de 6 de dezembro de 2001, cabe à autarquia, fundamentalmente, “promover, realizar e divulgar o ensino e as pesquisas técnico-científicas sobre os recursos florísticos do Brasil, visando o conhecimento e a conservação da biodiversidade, bem como manter as coleções científicas sob sua responsabilidade”.

¹⁰² “A história da região, assim como de toda a zona sul da cidade do Rio de Janeiro, está associada a do Engenho de Nossa Senhora da Conceição da Lagoa, um dos mais antigos engenhos de açúcar da cidade, fundado por Diogo de Amorim Soares, em 1596. Em 1660, a propriedade foi adquirida por Rodrigo de Freitas Mello e Castro, que mais tarde passou para seus filhos e posteriormente para seus netos. No final do século XVIII, as terras do engenho compreendiam todas a área atualmente ocupada pelos bairros do Jardim Botânico, Gávea Leblon, Ipanema, Arpoador, Lagoa, parte do Humaitá e grande parte do Parque Nacional da Tijuca. Além do engenho de açúcar, localizado na área onde atualmente se situa o Jardim Botânico, existiam ainda dentro desta grande propriedade 59 chácaras arrendadas a terceiros”. (in Serviço Público Federal, Ministério da Cultura, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Laudo de Vistoria – Bens Imóveis Tombados, Brasil). [Extraído do processo nº 90.0049294-7, em trâmite na 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, fls. 293/318].

¹⁰³ Jardim Botânico do Rio de Janeiro: 1808-2008 / [Organizado por] Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro. - Rio de Janeiro, 2008, p. 27. Frise-se que a Fábrica de Pólvora e a Fundição de Artilharia tiveram suas sedes transferidas para Petrópolis em 1826, região serrana do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁰⁴ cf. BELLO, Enzo. *Conflitos sócio-ambientais na sociedade do risco: um estudo de caso sobre os litígios fundiários no Jardim Botânico*. In: Maurício Mota. (Org.). *Função Social do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, v. 1, p. 250-275.

A instalação de moradias no local, portanto, refletia mera conveniência à proximidade da força de trabalho então demandada na região. Foram, assim, ao longo da história, permitidas e, em dados momentos, até mesmo incentivadas pelo poder público. Havia total interação das pessoas com o meio ambiente, restando ausente qualquer preocupação para com questões relativas à eventual degradação ambiental.

Em 1819, os portões do Jardim foram abertos à visitação restrita e, já em 1822, houve a abertura para o público geral com visitas monitoradas, o que contribuiu para que o parque, na década de 1870, se consolidasse como importante referência de convivência e turismo da cidade do Rio de Janeiro – faceta que permanece até os dias atuais – propiciando que o espaço adquirisse suma importância na formação das características sócio-culturais da cidade. Em 1890, a visitação ao Jardim foi franqueada ao público geral, diariamente, e sem a necessidade de acompanhamento, medida que proporcionou a visita de cerca de 180 mil pessoas entre abril de 1890 e julho de 1894¹⁰⁵.

Pari passu, no final do século 19, o parque começou a deixar para trás seu caráter eminentemente agrônomo e foi ganhando uma dimensão mais acadêmico-científica, voltada às pesquisas botânicas, ensino e conservação da flora. Assim, a partir de 1890 foram criados o Herbário, o Museu e Biblioteca, tendo sido a coleção ampliada para incluir como objeto as espécies nativas brasileiras. No ano de 1910, a estrutura administrativa do Jardim Botânico do Rio de Janeiro era então responsável pelas pesquisas botânicas, culturas de plantas úteis, bem como pelo arboreto, o que já contemplava a moldura das atividades e objetivos do parque para o século 20¹⁰⁶.

Em 1916, por meio da publicação do Decreto n. 11.904, de 19 de janeiro, o então Presidente da República Wenceslau Braz promoveu a anexação jurídico-formal do Horto Florestal ao Jardim Botânico do Rio de Janeiro, de modo que aquele se tornou uma seção deste. Até meados do século 20, o funcionamento e os objetivos do parque conviveram harmonicamente com as moradias que foram se instalando nos arredores da área de visitação.

¹⁰⁵ Jardim Botânico do Rio de Janeiro: 1808-2008 / [Organizado por] Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, 2008, p. 173-174.

¹⁰⁶ No final do século 19, “as realizações mais marcantes, de impacto direto no uso público do Jardim, foram: as alterações no regulamento Policial; a publicação do Primeiro Guia para o visitante, com histórico, regulamento policial e relação de todas as plantas com sua localização no Jardim; a organização paisagística, que criou canteiros, aléias, sinalização para orientar o público e identificação das espécies botânicas; criação do Museu Kuhlmann; a criação da Biblioteca Barbosa Rodrigues, do Herbário e de Laboratórios; a instalação de setores destinados a estudos botânicos para possibilitar o atendimento às comunidades científicas; realização de Exposições Botânicas e Históricas; a instalação do Parque Infantil; a realização de cursos; criação de setores destinados à Educação para o Meio Ambiente e a Responsabilidade Social, além de ações e eventos que aproximaram a iniciativa privada da Instituição, em parcerias que possibilitam apoiar diversos de seus projetos e a manutenção de seu acervo físico”. (Ibidem, p. 174).

Importa salientar que, a partir de 1942, o Jardim Botânico teve sua administração vinculada ao Serviço Florestal, integrante da estrutura do Ministério da Agricultura, por meio da edição do Decreto presidencial n. 9.015, de 16 de março, o que não alterou o viés básico de suas atividades.

Na década de 1960, houve certa pressão de mercado para que grande parte da área do Horto Florestal fosse destinada a empreendimento imobiliário ligado ao BNH – Banco Nacional de Habitação, em consonância com a política habitacional nacional desenvolvida pelo regime militar¹⁰⁷. Essa pressão foi veementemente rechaçada por importantes expoentes da sociedade e cultura carioca e brasileira, como Pedro Calmon, Carlos Drummond de Andrade e Roberto Burle-Marx, que era, à época, conselheiro do IPHAN¹⁰⁸.

Desse modo, em virtude das atividades desenvolvidas em seu território relativas à preservação ambiental, à pesquisa científica, aos equipamentos públicos de lazer e cultura, bem como em razão presença de edificações e monumentos de valor histórico, cultural, paisagístico, houve o tombamento do conjunto paisagístico do Jardim Botânico e Horto Florestal, consubstanciado pela instrução de três atos administrativos, o primeiro já a partir do fim da década de 1930 e o último finalizado em 1973¹⁰⁹. Até os dias atuais, no entanto, os

¹⁰⁷ A política habitacional era baseada na casa própria, fundada em política de financiamento levada a efeito pelo Banco Nacional de Habitação e apoiada por captação de recursos específicos e subsidiados pelo governo, inclusive FGTS, conforme se percebe das diretrizes constantes da Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964 [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm]

¹⁰⁸ Roberto Burle Marx (São Paulo, 4 de agosto de 1909 - Rio de Janeiro, 4 de junho de 1994) foi artista plástico, renomado internacionalmente ao exercer a profissão de arquiteto-paisagista. Trabalhou como colaborador do IPHAN nas décadas de 1960 e 1970, tendo proferido os seguintes dizeres sobre a possibilidade, aventada no fim da década de 1960, de cessão de área do Horto Florestal para o Banco Nacional de Habitação desenvolver projeto imobiliário: “O Jardim Botânico tem sido retalhado e diminuído de sua área, através do constante uso de manobra sorrateira e hábil (...). O Horto é uma gleba de 83 hectares, o prolongamento natural do Jardim Botânico (...). Todas as atividades técnicas a que se propunha nunca foram interrompidas até a presente data (1969). Não é admissível que uma parte seja desmembrada e cedida ao Banco Nacional de Habitação, que apenas vê o problema habitacional e que nega completamente a validade cultural dessa instituição, onde um grande número de botânicos, de valor nacional e internacional, trabalhou e produziu para a ciência. Se consumir a cessão da área, veremos o Jardim Botânico transformado em quintal dessas habitações, como muito bem disse o eminente colega Pedro Calmon. Por estas circunstâncias, é que se contra-indica a construção de blocos residenciais, com finalidade imobiliária, nesta zona. (...) Em face do exposto, a oferta de qualquer área do Horto Florestal, em parcelas mínimas ou no todo (83 hectares), constitui uma violação das instituições culturais e da história, o mesmo se afirmando ao Jardim Botânico que, com o Horto, se constitui num todo indivisível, na totalidade da área de 1.370.000m²”. (Extraído do processo administrativo n. 00405.008207/2010-50, fl. 380).

¹⁰⁹ Informações extraídas do processo administrativo n. 00405.008207/2010-50, fl. 379, *verbis*: “Processo de Tombamento nº 101-T-38 e 157-T. Jardim Botânico do Rio de Janeiro, inclusive o Pórtico da Academia de Belas Artes, Portão da Antiga Fábrica de Pólvora e o Antigo Aqueduto da Levada – Inscrição nº 02/fls. 02, datada de 30/05/38, no Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Processo de Tombamento nº 762-T-65. Parque Nacional da Tijuca e Remanescentes Florestais da Mata Atlântica situados acima da cota de 100 metros do nível médio do mar dentro da área do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, parte integrante do JBRJ – Inscrição nº 42/fls. 10, datada de 27/04/67, no Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Processo de Tombamento nº 633-T-73. Conjunto Paisagístico do Antigo Horto Florestal – Inscrição datada de 17/12/73 no Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico”.

órgãos públicos não possuem um consenso exato sobre o quê efetivamente foi objeto do tombamento.

Dentre os bens que compreendem parte relevante do patrimônio imaterial do Jardim Botânico, destacam-se o arboreto, onde são encontrados, além das coleções vivas, estufas francesas do final do século XIX e monumentos históricos, chafarizes e obras de arte de diversas origens e autores. Do patrimônio arquitetônico, não se pode deixar de mencionar a edificação que um dia foi a sede do Engenho Nossa Senhora da Conceição da Lagoa, a Casa dos Pilões, o Portão da Academia de Belas Artes e a Casa dos Cedros, todas datadas entre os séculos 16 e 19.

Naquele contexto, então, tem-se que a existência de moradias e de outras estruturas edificadas, estranhas ao objeto do Jardim, não incomodavam o poder público ou interferiam no bom funcionamento dos espaços de pesquisa e visitação.

Esse comportamento perdurou até a década de 1980, quando a presença dos moradores e de suas habitações começou a sofrer impugnações na esfera judiciária. Percebeu-se, no mesmo período, um crescimento exponencial do número de habitações erguidas na área e constatou-se que boa parte dos moradores já não mais tinha quaisquer vínculos com a Administração Pública aptos a justificar a permanência no local. Desse modo, foram propostas as centenas de ações judiciais de reintegração de posse que, na essência, caracterizam o problema.

Muitas dessas ações judiciais começaram a apresentar resultados apenas no início do século 21, tendo a Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro sentenciado a procedência dos pedidos e o direito de a União ser reintegrada na posse dos imóveis localizados dentro da área do parque a ela pertencente.

O cumprimento e execução dessas determinações frequentemente encontram variáveis decorrentes da realidade social inerente à Comunidade do Horto, da compreensão acerca do novo paradigma conferido nos últimos anos à gestão do patrimônio da União à luz do direito à moradia, especialmente pelo poder executivo (autor dos pedidos de reintegração), e do regime jurídico especial de preservação e conservação a que está submetida a área do Jardim Botânico.

Deve-se salientar que a maior parte das ações judiciais encontra-se com seu curso suspenso desde 2010, quando a Advocacia-Geral da União formulou requerimentos de suspensão fundados na perspectiva de resolução administrativa *interna corporis* do problema pela instauração de Câmara de Conciliação para tal fim. Nesse ponto, a maioria dos juízes mostrou-se sensível, confiando na capacidade de a Administração entabular política

coordenada de gestão daquela área pública ocupada por apenas 621 moradias e outras edificações estranhas aos fins institucionais do Jardim.

Há de se ponderar, contudo, que a CCAF não constitui a primeira tentativa de resolução administrativa do caso. Os Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Meio Ambiente, ainda no ano de 2004, através de portaria interministerial, constituíram comissão conjunta que tinha por finalidade promover estudos técnicos e propor soluções para o problema¹¹⁰.

Referida comissão, que contou com a participação de representantes da SPU e do IJBRJ, mesmo tendo apontado que a resolução do problema passa por uma ação de governo mais ampla que extrapolaria os limites do grupo, chegou a apresentar relatório no início de 2007, com diversas hipóteses para a resolução da questão, propondo medidas que iam desde a retirada integral das ocupações, com realocação dos moradores em outra área destinada pelo poder público, passando por soluções intermediárias, até a manutenção integral das famílias, com possíveis remanejamentos internos dentro da própria Comunidade do Horto, em virtude de moradias localizadas em áreas consideradas de risco¹¹¹.

3.2. As visões paradigmáticas na gestão do Jardim Botânico

É possível, a partir da narrativa desenvolvida no tópico anterior e de uma análise de dados constantes do processo administrativo que constitui objeto aqui estudado, bem como a partir de fontes jurídico-normativas, estabelecer claramente, diferenciar e indexar os paradigmas quanto à gestão da área pública onde se situa o Jardim Botânico e onde se formou a Comunidade do Horto, a partir da verificação de três planos: o cognitivo (ou da representação), o normativo e o operacional¹¹². Identificamos nos últimos duzentos anos três fases claramente distintas que apresentaremos nas linhas que seguem.

¹¹⁰ Portaria Interministerial n. 360-A, de 27 de dezembro de 2004 (publicada no Diário Oficial da União em 28/01/2005). “Os MINISTROS DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO e DO MEIO AMBIENTE, no uso de suas atribuições legais e tendo em vista o disposto na Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, e no Acórdão no 1.028/2004 - TCU - Plenário, publicado no Diário Oficial da União de 5 de agosto de 2004, Seção 1, páginas 80 e 81, resolvem: Art. 1º Instituir Comissão Interministerial com a finalidade de promover estudos e propor soluções que possibilitem à Secretaria do Patrimônio da União-SPU a regularização da cessão do imóvel de domínio da União, constituído pelo Jardim Botânico do Rio de Janeiro, ao Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro-JBRJ, autarquia vinculada ao Ministério do Meio Ambiente”.

¹¹¹ Relatório da Comissão Interministerial, de 22 de fevereiro de 2007. [Extraído do processo nº 90.0049294-7, em trâmite na 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, pp. 293/318]

¹¹² cf. MILLER, Pierre. *L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique*. In: Revue française de science politique, 50e année, n. 2, 2000.

a) Paradigma de instalação

O primeiro momento, que vai de 1808 (ano de fundação do Jardim) até o início da década de 1960, ao qual denominamos *paradigma de instalação*.

No plano cognitivo, apresentava-se uma latente preocupação com a segurança da família real e alta burguesia oriunda de Portugal (em decorrência da invasão de Portugal pelo Império Napoleônico). Nesta fase as primeiras moradias eram precárias, ocupadas por escravos, (senzalas), cujo trabalho foi aproveitado na fábrica de pólvora fundada por Dom João VI. Não havia qualquer política pública habitacional para a área, de modo que a permanência no local era oportuna e tolerada, já que propiciava a disponibilização de massa de mão de obra escrava e próxima ao local de exploração daquele trabalho.

Na apontada fase, o desenvolvimento da botânica também era considerado relevante, o que se materializou por meio da adaptação de espécies europeias no Brasil mediante a instalação de um jardim de aclimação (meses depois denominado “Real Horto”), aproveitando-se a proximidade com a Floresta da Tijuca. Identifica-se, pois, nos primórdios do funcionamento do Jardim Botânico no local, uma política pública focada na pesquisa biológica e outra voltada ao desenvolvimento de atividades econômicas na região, então erma, através da exploração de trabalho escravo. Algumas décadas depois da fundação do Jardim, o poder público permitiu a construção de “moradias funcionais”, o que ensejou um processo de edificação de habitações, sem oposições, até década de 1960. Na maior parte do período compreendido pelo paradigma de instalação, tem-se uma Administração Pública autoritária, rígida e centralizada, com raros períodos de estabilidade democrática.

No plano normativo, as políticas públicas para a gestão da área tinham com um de seus principais objetivos conferir segurança à família Real que se encontrava na Colônia através da instalação da fábrica de pólvora no local. Não bastasse, era necessário, ainda, promover o desenvolvimento da botânica nacional, com a adaptação e aclimação de espécies vegetais nativas da Europa no Brasil, bem como criar condições adequadas para o desenvolvimento da ciência botânica no país, o que ensejou também o início da vasta coleção disponível no Jardim Botânico. Nesse contexto, a ocupação das pessoas era vista como mera conveniência dos grupos dominantes (tanto antes da Independência do Brasil quanto depois, no período Imperial, assim como também durante a primeira metade do século 20) e a presença das pessoas relacionava-se à força de trabalho braçal para uso das “empresas” locais (num primeiro momento, fazenda de engenho; depois, fábrica de pólvora). Havia, pois,

interação total das pessoas com o meio ambiente e uma perceptível ausência de preocupação para com aspectos de degradação ambiental.

Já o plano operacional desta primeira fase paradigmática relativa à gestão da área pode-se identificar pela desapropriação da Fazenda de Rodrigo de Freitas, pela instalação da fábrica de pólvora e de uma “vila operária” no local, pela tolerância (e até incentivo) às ocupações na área ao redor do Jardim, assim como pelo desenvolvimento da ciência botânica que culminou com a abertura de visitação pública à área do parque, em 1822. Note-se que a gestão do Jardim Botânico é vinculada ao *governo central* desde o início de sua história, nuance que permanece até os dias atuais.

b) Paradigma de oposição

Esta fase compreende o período entre meados da década de 1960 e o fim da década de 1990. No plano cognitivo, verificou-se um substancial aumento do número de moradias, inclusive das moradias funcionais outorgadas pelo próprio poder público a funcionários e colaboradores do Jardim Botânico, o que ensejou um gradativo aumento das ocupações paulatinamente instaladas no local, tendo sido constatada uma proliferação natural pelo crescimento das famílias, bem como pela comercialização de terrenos e edificações a terceiros por meio de “transferências de posse” escrituradas em tabelionatos ou firmadas em contratos entre particulares. Intensificaram-se as necessidades por infraestrutura e certo grau de urbanização era sensivelmente perceptível na formação da comunidade do Horto (vuelas, calçamento, iluminação pública, coleta de lixo). Também se operou a construção de estruturas e edificações que serviriam à própria Administração Pública (SERPRO, Light, Escola Municipal). Nesta época, ainda, teve início a fase de excepcional valorização imobiliária de terrenos e imóveis próximos ao Jardim, na zona Sul da cidade do Rio de Janeiro.

Por seu turno, no plano normativo, constata-se que os atores públicos locais (especialmente o poder público municipal) é que determinam o grau de tolerância em relação às ocupações para determinadas partes da área da zona sul da cidade do Rio de Janeiro. Enquanto alguns bairros como Ipanema, Leblon, Gávea e o próprio Jardim Botânico contavam com uma formalização estruturada mediante loteamentos pré-ordenados, parte da área onde originalmente se localizava a Floresta da Tijuca dá lugar às favelas e à chamada cidade informal¹¹³, o que também se verifica na formação da comunidade do Horto. Note-se

¹¹³ BELLO, *op. cit.*, p. 263.

que, nesta fase, o problema da habitação passa a ser atribuição constitucional concorrente dos três níveis de governo e têm início políticas que visavam à retirada dos moradores. Houve, ainda, uma espécie de segmentação dos moradores do Jardim, entre aqueles que possuíam contratos com o poder público para ali morar e aqueles que não dispunham desses instrumentos, a partir de então alcunhados de invasores.

Para a formatação e concretização dessas políticas de oposição às moradias no local, o plano operacional nos oferece algumas medidas tomadas pelo poder público: instalação de equipamentos e edificações da Administração Pública na área do Jardim, o uso de parte da área para fins de educação ambiental e turismo, pesquisa botânica e preservação ambiental, além do funcionamento de museu e salas dedicadas a finalidades culturais. Não bastasse, há um sensível fortalecimento do Instituto Jardim Botânico e a consolidação de sua autonomia administrativa, já que foi alçado à condição de autarquia e experimentou um substancial incremento no seu quadro de servidores¹¹⁴. Assim é que, na década de 1980, com intenso apoio institucional da *autarquia Jardim Botânico*, o paradigma de oposição alcança o seu apogeu com a propositura das ações possessórias contra diversas famílias que habitam a comunidade.

Cabe aqui uma observação importante. Na década de 1980, duas associações civis emergem para defender os interesses sociais locais. Tem-se, pois, o surgimento da AMAJB – Associação dos Amigos do Jardim Botânico, representando os interesses voltados à eliminação/expulsão das moradias ditas irregulares ou ilegais, bem como a defesa “intransigente” da preservação ambiental e da pesquisa botânica no local; e da AMAHOR – Associação de Moradores e Amigos do Horto, que defende os interesses pela regularização fundiária e jurídica de todos os ocupantes da área, invocando o direito à moradia e o reconhecimento da ocupação tradicional das famílias de baixa renda no local. O discurso que se inicia nos movimentos civis repercute diretamente nos argumentos desenvolvidos anos mais tarde nos processos administrativos e judiciais que tratam do problema.

c) Paradigma de regularização

Por fim, esta última fase por nós identificada compreende os últimos quinze anos da gestão da área, que passou por profundas transformações até estabilizar-se em um paradigma voltado ao reconhecimento das habitações e materialização do direito à moradia. É o que se

¹¹⁴ Jardim Botânico do Rio de Janeiro: 1808-2008, *ob. cit.* p. 12.

identificou especialmente nos discursos da SPU e, mais recentemente (depois da instauração da CCAF), do próprio Ministério do Meio Ambiente. Entretanto, como delinearemos adiante nesta dissertação, em maio de 2013 o governo federal anunciou um “plano” para a gestão de toda a área, que redefine os limites da área pública e prevê a retirada de todas as moradias inseridas na poligonal da área da União, mediante indenização ou realocação de moradores nas hipóteses “legalmente cabíveis”¹¹⁵.

Pois bem. De acordo com o paradigma em comento, no plano da representação verifica-se que a questão da habitação passa a ser vista pelo poder público como extensão dos direitos fundamentais e da cidadania. No contexto geral, a partir do reconhecimento da importância da questão fundiária e urbanística, tem-se certo reconhecimento da dita “cidade ilegal”, o que enseja a inclusão das moradias situadas em favelas e cortiços como objetos das políticas públicas e beneficiárias de programas governamentais. Nesse passo, importante mencionar que a gestão das áreas *dominiais* da União passa à responsabilidade do Ministério do Planejamento, sob o qual se estrutura a Secretaria do Patrimônio da União – que tem suas atribuições sensivelmente incrementadas pela Lei n. 9.636, de 1998. Na gestão de áreas públicas federais ocupadas por moradias, então, verificam-se três características essenciais: flexibilidade, tolerância e diversidade de atuação.

Já no plano normativo desse novo paradigma, diversos fatos devem ser considerados. No contexto geral das políticas públicas, ocorre a abundante disponibilização de linhas de crédito voltadas ao financiamento de programas de urbanização de favelas e assentamentos precários. Há, ainda, uma mudança de visão institucional da SPU, que passa a adotar em seu planejamento estratégico a missão de “conhecer, zelar e garantir que cada imóvel da União cumpra sua função socioambiental em harmonia com a função arrecadadora, em apoio aos programas estratégicos para a Nação”¹¹⁶. Na prática, relativamente ao caso concreto, há uma hierarquização das decisões administrativas em relação à área, de modo que, em certo grau, no tocante à tolerância das ocupações, prevalece a posição do Ministério do Planejamento (SPU), alinhada às políticas nacionais de habitação, em relação ao Instituto Jardim Botânico.

O plano operacional caracteriza-se, em síntese, pela diversidade de programas e políticas de regularização fundiária que rompem com a rigidez e a padronização excessiva, privilegiando a segurança da posse das famílias de baixa renda nas “cidades ilegais” erguidas

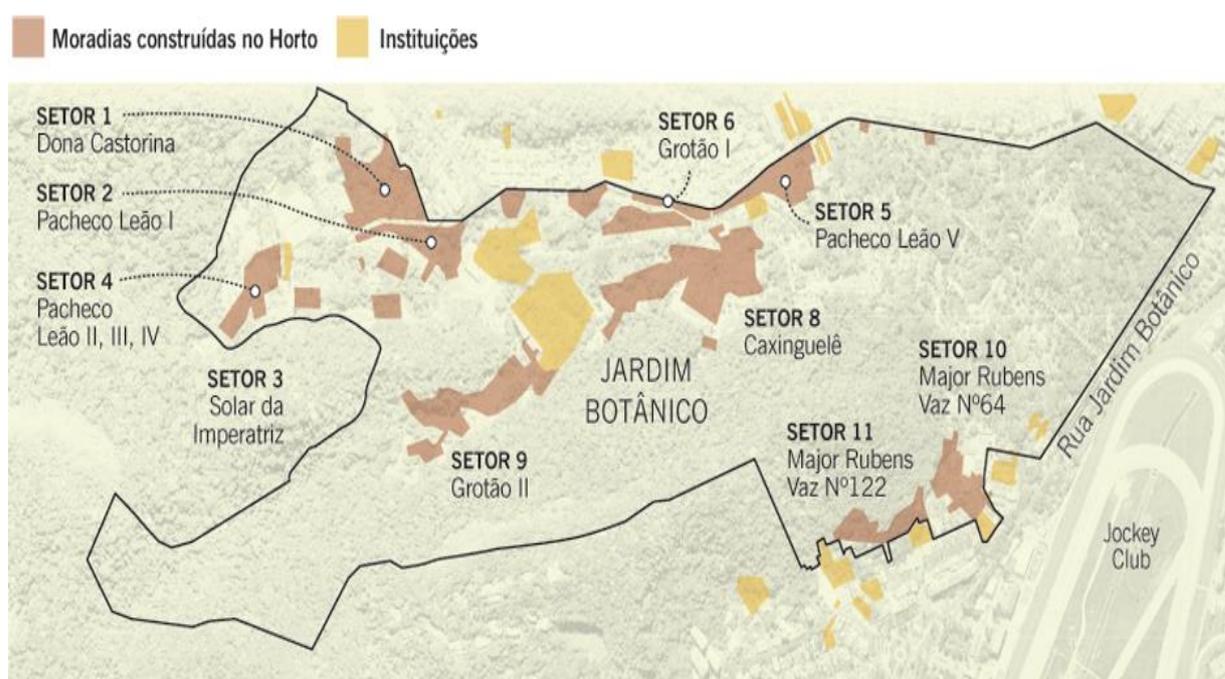
¹¹⁵ Conforme notícia produzida pelo Ministério do Meio Ambiente e veiculada em seu sítio oficial. Disponível em: [<http://www.mma.gov.br/informma/item/9302-jardim-bot%C3%A2nico-ser%C3%A1-ampliado>]. Acesso em 06/06/2013.

¹¹⁶ Disponível em [<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=73&sub=802&sec=9>]. Acesso em 06/06/2013.

sobre áreas federais. Tem-se como importantes marcos operacionais o advento da Lei n. 9.636, de 1998 (e alterações posteriores que permitiram a regularização fundiária urbana em áreas públicas), a “constitucionalização” do direito à moradia por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 2000, e a aprovação do Estatuto da Cidade em 2001 (Lei n. 10.257, de 2001). Na política específica relativa à gestão da área do Jardim Botânico, tem-se pela primeira vez a realização de um cadastramento dos moradores da comunidade do Horto, trabalho realizado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, a criação de grupos de trabalho interministeriais para estudar possíveis soluções para o problema e, finalmente, a instalação de Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal.

3.3. A Comunidade do Horto

Observe-se que por conveniência da nomenclatura, temos denominado de Comunidade do Horto o conjunto de aglomerados residenciais compreendido pelas moradias instaladas dentro dos limites de terreno da União onde também funcionam áreas, edificações, e equipamentos afetos ou não ao Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro. O conjunto pode ser melhor percebido abaixo, em mapa (3).

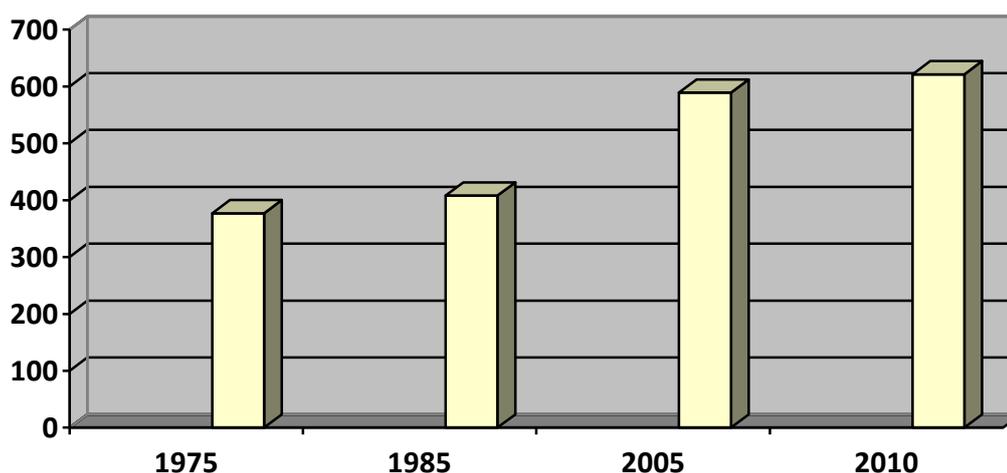


Mapa 3 – Em marrom, as áreas onde se concentram as moradias da Comunidade do Horto. Em amarelo, as instituições públicas estranhas às atividades finalísticas do Jardim Botânico (fonte: globo.com). No mapa apresentado, o Setor Dona Castorina encontra-se inserto nos limites da área pública da União (o que foi alterado a partir da decisão do TCU, que adiante será analisada).

Para melhor compreensão dos complexos fatores que influenciam na elaboração e execução de políticas que visam à resolução do problema existente no local, é preciso trazer à baila algumas informações que refletem o perfil da comunidade que ali se instalou ao longo do tempo.

Dados do registro cadastral do ITERJ – Instituto de Terras do Estado do Rio de Janeiro, colhidos a partir da década de 1970, indicam aumento sensível do número de habitações na localidade. Segundo levantamentos feitos pelo Instituto nos anos de 1975 e 1985, em dez anos, a quantidade de casas subiu de 377 para 408, o que representa um crescimento de 7,6%. Já em 2005, de acordo com números de relatório elaborado pela já mencionada comissão interministerial, a quantidade de casas constatadas era de 589, um crescimento aproximado de 44% em vinte e dois anos¹¹⁷.

No ano de 2010, com vistas a subsidiar a atuação do poder público, especialmente da Secretaria do Patrimônio da União, novo estudo foi elaborado pela UFRJ com vistas a fornecer dados sobre a extensão das áreas ocupadas, bem como quanto ao perfil socioeconômico da comunidade. Referido levantamento fornece e possibilita uma visão de conjunto quanto a aspectos particularmente relevantes do quadro sócio-territorial relativo ao conflito existente, constituindo o elemento disponível mais sólido para que seja traçado o perfil da comunidade. No gráfico (1), abaixo, a evolução do número de moradias desde o primeiro levantamento elaborado pelo ITERJ.



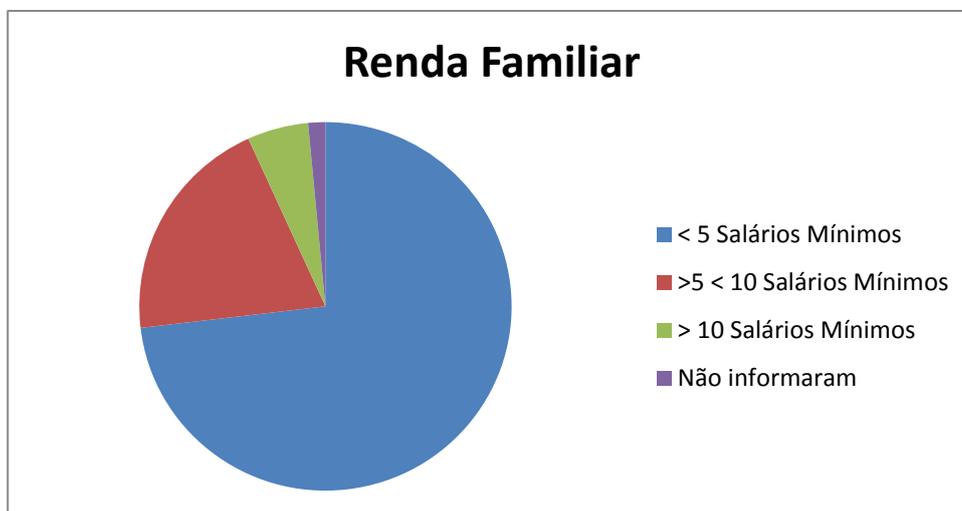
Os extratos do mencionado estudo da UFRJ, que também foram, em parte, publicados pelo jornal “O Globo” em sua edição de 14/10/2010, apontam a existência de 621 casas

¹¹⁷ Os dados absolutos indicados constam do Relatório de Comissão Interministerial, de fevereiro de 2007. [Extraído do processo nº 90.0049294-7, em trâmite na 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, pp. 293/318].

identificadas (o que representa um crescimento de 5,15% em relação aos dados de 2005), distribuídas em 11 setores que estão espalhados por toda a extensão da área pertencente à União desta forma: Dona Castorina (101 habitações), Pacheco Leão I (76 habitações), Solar da Imperatriz (62 habitações), Pacheco Leão II, III, IV (28 habitações), Pacheco Leão V (68 habitações), Grotão I (26 habitações), Morro das Margaridas (40 habitações), Caxinguelê (61 habitações), Grotão II (95 habitações), Vila da Major Rubens Vaz, n. 64 (40 habitações) e Vila da Major Rubens Vaz, n. 122 (24 habitações).

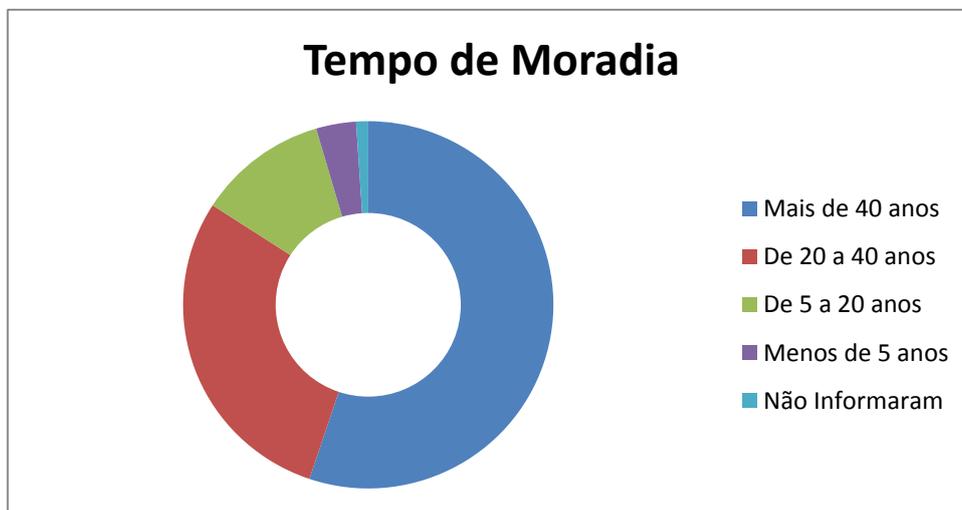
O relatório da UFRJ contabilizou 1890 moradores em 573 residências entrevistadas. Ou seja, apenas 48 famílias não se submeteram às entrevistas promovidas pela UFRJ, o que corresponde a apenas 7,72% do total de moradias identificadas.

Em relação à renda familiar que foi declarada, 441 famílias (71,7% do total) afirmaram que possuem renda entre zero e cinco salários mínimos, sendo que 277 têm renda de até três e o restante (134) superior a três e inferior a cinco salários mínimos. Do universo ouvido pela UFRJ, em 121 unidades habitacionais (21,1% do total) as famílias possuem renda de mais de cinco e menos de dez salários mínimos. Apenas 5,6% do total entrevistado (32 famílias) possui renda superior a dez salários mínimos. Somente nove famílias (1,6% do total) não informaram a sua faixa de renda. Note-se da ilustração do gráfico (2):



Outro indicador relevante diz respeito ao tempo de moradia das famílias entrevistadas e cadastradas pelo estudo da UFRJ. Dos dados apresentados, verifica-se que 316 famílias residem no local há mais de quarenta anos, o que corresponde a 55,15% do total. Chama atenção que, à época das entrevistas e cadastramentos (ou seja, considerando 2010 como ano-referência), apenas 3,5% das moradias (20 habitações) haviam sido ocupadas há menos de cinco anos. Importa destacar que 166 famílias (28,97%) encontravam-se no local há mais de

vinte e há menos de quarenta anos e que, por fim, 65 moradias (11,34%) foram ocupadas há mais de cinco e há menos de vinte anos. Apenas seis famílias não informaram o tempo de suas habitações. Ilustrando os dados, tem-se o gráfico (3) a seguir:



Por fim, importante mencionar que, segundo o estudo da UFRJ, o setor que teve maior expansão no número de casas cadastradas foi a “Estrada Dona Castorina”, que saltou de 40 famílias em 2007 para 95 em 2010, aumento de 138% em três anos. Relevante mencionar que, entre os imóveis cadastrados, o estudo da UFRJ confirmou que treze casas foram negociadas (vendidas ou alugadas) nos cinco anos anteriores à sua elaboração.

PARTE II. A prática

Capítulo 1. As políticas públicas nacionais de gestão de áreas da União

1.1. A Secretaria do Patrimônio da União

Como o Jardim e a Comunidade do Horto situam-se em área pública federal, interessante neste momento de nossa jornada é a exposição de um quadro de ações capitaneadas pelo órgão do governo brasileiro responsável pela elaboração e execução de políticas voltadas para a administração e a gestão dos bens imóveis da União (SPU).

Neste ponto abordaremos as políticas públicas adotadas pela União Federal, nos últimos vinte anos, na gestão e administração de seus imóveis, por meio da exposição de dados relativos às ações tomadas pela SPU e ao seu orçamento. Frise-se que as políticas públicas abrangentes de gestão do patrimônio imobiliário da União residem na esfera de atribuições decorrentes de competência conferida por lei à SPU¹¹⁸, que se insere na estrutura administrativa do Ministério do Planejamento.

Deve-se salientar que as diretrizes dessa gestão têm passado por um processo político contínuo e gradativo de mudança na visão, especialmente intensificado nos últimos dez anos. Contribui e influi substancialmente no desenrolar deste processo a previsão, na Constituição Federal de 1988, de dispositivo inserto no título dos direitos e garantias fundamentais com o comando “a propriedade atenderá a sua função social”¹¹⁹, que repercutiu na formulação de políticas públicas voltadas para o atendimento desse dispositivo nos últimos anos.

A partir da elaboração da Política Nacional de Gestão do Patrimônio da União (PNGPU) no ano de 2003¹²⁰, a busca pela materialização dessa *função social* dos bens imóveis da União refletiu a missão institucional definida em Planejamento Estratégico da própria SPU, qual seja: “conhecer, zelar e garantir que cada imóvel da União cumpra sua função socioambiental, em harmonia com a função arrecadadora, em apoio aos programas estratégicos para a Nação”. Deve-se frisar que até o final do século 20, a principal característica da gestão era privilegiar o uso dos bens com vistas a gerar receitas e reduzir custos operacionais para o governo federal.

¹¹⁸ Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, publicação no Diário Oficial da União em 18/05/1998 [Relatório de internet, extraído de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9636.htm]

¹¹⁹ Constituição Federal, art. 5º, inciso XXIII.

¹²⁰ Vide Relatório de internet disponível em [<http://patrimoniodetodos.gov.br/politica-nacional-de-gestao-do-patrimonio-da-uniao-pngpu>]. Acesso em 19.11.2012.

De modo geral, a terra e o direito à propriedade eram tratados sob a ótica da acumulação de riquezas, tendo como consequência a exploração da propriedade em benefício – especialmente econômico – de seu proprietário. Tal lógica estendia-se também à propriedade imobiliária da União, pelo menos até o fim do século passado, quando ela passou a ser explicitamente revista.

A inclusão do atendimento da *função social* como orientação para a utilização e destinação dos imóveis públicos federais rompeu com o paradigma até então conferido à função de arrecadação e, ao mesmo tempo, com a lógica de alienação de imóveis não utilizados no serviço público como forma de redução de custos operacionais e ampliação de receitas. Evidentemente que a expressão *função socioambiental* talhada na missão institucional da SPU traz um amplo leque possível de significados, de modo que a política adotada para a resolução de conflitos fundiários pode ser amoldada de acordo com as realidades encontradas em cada caso particular.

Nesse contexto, o patrimônio imobiliário da União passou a ser visto como recurso estratégico a ser aplicado no apoio às políticas públicas desenvolvidas pelo ente voltadas para a inclusão social no atendimento ao direito à moradia. Essencialmente, portanto, essa nova visão de gestão reflete uma convergência para com os programas públicos que visam à promoção do desenvolvimento sustentável e do crescimento econômico, com redução de desigualdades por meio da inclusão social.

Desse modo, a SPU tem entendido que o alinhamento de suas ações para fins de materialização dessa função social talhada em sua missão institucional passa pela primazia da *regularização fundiária de interesse social* de imóveis e terrenos já ocupados por famílias de baixa renda, bem como apoio a programas de provisão habitacional aos imóveis que se encontrem vazios ou subutilizados¹²¹. Para tanto, o órgão tem se valido de parcerias com outros entes da federação, especialmente municípios.

¹²¹ “Destaca-se, assim, na gestão do Patrimônio Imobiliário da União, a efetivação de algumas ações estruturantes, como o apoio à reforma agrária, o reconhecimento de comunidades remanescentes de quilombos e sua fixação nas terras de seus antepassados, a demarcação das terras indígenas, o reconhecimento de direitos das comunidades tradicionais e extrativistas, a destinação de imóveis da União para o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, para o Programa Minha Casa Minha Vida e para demais programas de urbanização de assentamentos precários e de provisão habitacional do Ministério das Cidades e, ainda, a regularização fundiária em terras da União na Amazônia. Todas elas, independentemente do modelo estrutural em que são alocadas dentro da forma de condução da PNGPU, refletem necessariamente os mesmos princípios ideológicos que constituem a base de sustentação da política de gestão pública que orientou a formulação dos programas de governo: o Patrimônio da União a serviço do Brasil, a serviço de todos os brasileiros, na construção de um país de todos”. Secretaria do Patrimônio da União, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão: *Balanço de Gestão 2003-2010*, p. 10. [Relatório de internet: <http://patrimoniode todos.gov.br/politica-nacional-de-gestao-do-patrimonio-da-uniao-pngpu/balanco-de-gestao-2003-a-2010>]. Acesso em 18.01.2013.

Ademais, o programa orçamentário global da SPU experimentou substancial aumento desde 2003, passando de R\$ 18,26 milhões previstos na lei orçamentária daquele ano para R\$ 56 milhões constantes da lei de 2010¹²². No orçamento vigente constata-se uma estabilização na curva de incremento de recursos: em 2013 encontram-se disponibilizados R\$ 57,2 milhões para os programas de gestão do patrimônio imobiliário da União¹²³.

Mesmo com a mudança da linha de atuação, a arrecadação no período também subiu exponencialmente, de R\$ 195,7 milhões em 2003 para R\$ 626,5 milhões em 2010¹²⁴, resultado do aparelhamento do órgão e do aumento do número de imóveis identificados e cadastrados. As principais fontes de receitas dessa arrecadação originam-se da cobrança de laudêmios, taxas de ocupação, foros, alienação de imóveis, multas, alugueis, parcelamentos etc. Em 2012, o volume das receitas patrimoniais arrecadadas pela SPU foi de R\$ 808,6 milhões¹²⁵.

Nesse novo modelo de gestão, entre 2003 e 2010, 157.754 famílias foram beneficiadas em todo o país por atos administrativos de *regularização fundiária* efetivados pela SPU, totalizando áreas com extensão global de 101.531.008,41 m². No mesmo período, 14.154 famílias foram contempladas com áreas da União destinadas a programas de provisão habitacional, totalizando 3.034.468,46 m² de terrenos ou áreas públicas¹²⁶.

Os últimos dados apontam que, no ano de 2012, 26.578 famílias foram contempladas por programas de regularização fundiária executados pela SPU, o que representa 5.387.982,14 m² de área total destinada. Outras 36.921 unidades familiares foram alvo de programas de provisão habitacional desenvolvidos pela SPU, em uma área total de 3.803.184,08 m² pertencente à União¹²⁷.

Contribui sobremaneira para esse modelo de atuação da SPU o respaldo jurídico-normativo conferido por legislações aprovadas desde a edição da Constituição, que estabeleceram a possibilidade do reconhecimento jurídico-formal de ocupações de baixa

¹²² Vide Relatório extraído da internet: [<http://patrimoniode todos.gov.br/pastaarquivo.2009-07-09.3759851862/BalancodeGestaoSPU31jan11.pdf>], p. 51]. Acesso em 18.01.2013.

¹²³ BRASIL, Lei n. 12.798, de 4 de abril de 2013. *Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2013*. Anexo IV, p. 381. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12798.htm]. Acesso em 06.06.2013.

¹²⁴ Vide Relatório extraído da internet: [<http://patrimoniode todos.gov.br/pastaarquivo.2009-07-09.3759851862/BalancodeGestaoSPU31jan11.pdf>], p. 75. Acesso em 18.01.2013.

¹²⁵ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO – SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO, *Relatório de Gestão 2012*, p. 50. Disponível em [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spu/documentos_gestao/relatorio_de_gest%C3%A3o_SPU_2012.pdf]. Acesso em 06.06.2013.

¹²⁶ Balanço de Gestão 2003-2010, *ob. cit.*, p. 68/72.

¹²⁷ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO – SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO, *op. cit.*, p. 200-204.

renda, especialmente nos espaços urbanos, acreditando-se que a regularização jurídica dessas posses em áreas públicas significa promoção de *inclusão social e cidadania*.

No arcabouço normativo que rege a matéria, destaca-se inicialmente a Lei n. 9.636, editada em maio de 1998, que, em sua redação original, já autorizava logo no art. 1º o Poder Executivo, por intermédio da SPU, a “*regularizar as ocupações e promover a utilização ordenada dos bens imóveis de domínio da União*”. A edição da referida lei representa a superação jurídico-formal do paradigma da gestão patrimonialista dos imóveis da União, anteriormente regulado basicamente pelo Decreto-Lei n. 9.760, de 1946 (que ainda mantém alguns dispositivos em vigor, por não haver incompatibilidade material com regras atuais). Note-se que a Lei n. 9.636/98, posteriormente, sofreu importante reforma proveniente da Medida Provisória n. 335, de 23/12/2006, cuja vigência foi prorrogada pela Presidência da República até a sua aprovação pelo Congresso Nacional, tendo resultado na edição da Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007.

O mencionado artigo 1º teve a sua redação alterada para deixar claro que a gestão dos imóveis da União deveria privilegiar o reconhecimento estatal das ocupações até então consideradas informais, de modo que o poder executivo federal está, a partir de então, legalmente autorizado a promover a “*regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda*”.

No mesmo sentido, editou-se a Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, que se propôs a regulamentar o art. 183 da Constituição Federal¹²⁸, tendo pioneiramente introduzido no ordenamento o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM), com vistas a regularizar moradias em áreas públicas urbanas, a partir do reconhecimento dos ditos direitos subjetivos, uma vez que sua outorga é deferida àqueles que atendem aos requisitos objetivos nela delineados¹²⁹, independentemente da *discricionariedade* da Administração¹³⁰.

¹²⁸ Referido dispositivo está inserido no Capítulo II, Título VII, referente à Política Urbana nacional. À sua redação: “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil; § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez; § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

¹²⁹ Veja-se da redação do art. 1º, MP 2.220/2001, que expõe as condições para a obtenção da CUEM: “Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”.

¹³⁰ A CUEM já havia constado do projeto de lei que culminou na edição da Lei n. 10.257, de julho de 2001, conhecida como “Estatuto da Cidade”. Na oportunidade, toda a Seção VI (artigos 15 a 20) foi vetada pelo

Não bastasse, no plano operacional das políticas públicas de gestão das ocupações em áreas públicas voltadas para o seu reconhecimento formal, importante componente foi a criação, em 2003, do Ministério das Cidades e da Secretaria Nacional de Programas Urbanos. A partir de ações concatenadas desse órgão, pela primeira vez foi entabulada uma política nacional para a regularização fundiária sustentável de áreas urbanas, que se concretizou no *Programa Papel Passado*, cujo objetivo fundamental funda-se no estímulo aos processos de regularização fundiária em áreas urbanas, especialmente quando pertencentes à União, Distrito Federal, Estados e Municípios, por meio de descentralização da execução, fomento ao acesso a recursos e desburocratização de procedimentos¹³¹.

Nesse prisma, foi também editada a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, importante marco legal que, além de superar certos entraves constantes de legislações anteriores, trouxe o regramento formal para a operacionalização da regularização fundiária planejada pelo governo federal. Curioso é que a própria lei, num esforço retórico, tenta conceituar, em seu artigo 46, a 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.

A lei traçou ainda os princípios fundamentais da regularização fundiária, conforme seu art. 48¹³². Importa ressaltar, por oportuno, que mais recentemente foram promovidas algumas

Presidente da República que, em sua mensagem de veto, apesar de ter reconhecido que “o instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares”, assinalou que “algumas imprecisões do projeto de lei trazem, no entanto, riscos à aplicação desse instrumento inovador, contrariando o interesse público”. Ao final, a mensagem assevera que “em reconhecimento à importância e validade do instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, o Poder Executivo submeterá sem demora ao Congresso Nacional um texto normativo que preencha essa lacuna, buscando sanar as imprecisões apontadas”, o que resultou, menos de dois meses depois, na publicação da Medida Provisória n. 2.220, em setembro de 2001. Mensagem de Veto n. 730, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2001/Mv730-01.htm].

¹³¹ O Ministério das Cidades foi instituído em 1º de janeiro de 2003, através da Medida Provisória nº 103, depois convertida na Lei nº 10.683, de 28 de maio do mesmo ano. O Decreto nº 4665, de 3 de abril de 2003, aprova a Estrutura Regimental do Ministério, incluindo a Secretaria Nacional de Programas Urbanos, que, com a edição do Decreto 7.618, de 2011, passou a se chamar Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos. Ministério das Cidades, nov/2010: Apresentação de dados, balanço e avaliação da política. Relatório extraído da internet disponível em [http://www.abconline.org.br/Downloads/Minist%C3%A9rio%20das%20Cidades%20=apresenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20dia%2016%20de%20novembro.pdf]. Acesso em 19.11.2012.

¹³² A redação do dispositivo: “a ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental; articulação com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e

transformações na redação original da Lei n. 11.977, por meio da edição da Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011, visando adequar os ditames da legislação às demandas encontradas durante a implementação e execução do *Programa Minha Casa Minha Vida*.

Por derradeiro, deve-se observar que a preocupação com a *questão ambiental* está presente no desenho legal das políticas públicas de gestão de imóveis da União e de regularização fundiária, o que se verifica a partir de todas as normas jurídicas apontadas, refletindo a noção relativa à necessidade do *uso sustentável* dos solos, em harmonia e integração com a natureza.

Nesse diapasão, cabe citar o art. 54 da Lei 11.977/2009, que abre a possibilidade de regularização fundiária em áreas de preservação permanente – APP, conforme definidas no Código Florestal (art. 3º, II e art 4º). Destaca-se que essa opção somente se admite, segundo a legislação, nos casos em que ocorra simultaneamente: ocupação anterior a 31/12/2007, assentamento inserido em área urbana consolidada, e estudo técnico apto a comprovar que a intervenção implicará em melhoria das condições ambientais comparativamente à situação de ocupações irregulares anteriores. Por sinal, essa harmonização entre desenvolvimento e meio ambiente saudável é objeto da mais recente preocupação das Nações Unidas quanto ao futuro da humanidade, especialmente a partir das mudanças climáticas constatadas em escala global nos últimos anos em decorrência da forte urbanização e concentração das populações nas cidades¹³³.

Tem-se, pois, no início do século 21, em consonância com o novo paradigma da gestão de imóveis da União norteada pela função social da propriedade pública e com a atuação prática dos órgãos governamentais envolvidos, o reconhecimento da legislação quanto às facetas inerentes às possibilidades disponíveis aos gestores de políticas públicas habitacionais para a concretização do direito à moradia de famílias de baixa renda, por intermédio da regularização de suas posses e ocupações, dentro de determinados critérios.

Cabe-nos, portanto, apresentar a atuação concreta relativa aos atos ministeriais autorizativos para a celebração de contratos de concessão de direito real de uso de terras e imóveis da União. Assim sendo, no tópico a seguir, o objetivo permeado reside em traçar uma linha comum não só da argumentação *jurídica* presente nos pareceres examinados, mas

com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda; participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização; estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e concessão do título preferencialmente para a mulher”.

¹³³ United Nations. *Cities and Climate Change: Global Report on Human Settlements*, 2011. Disponível em [http://www.unhabitat.org/downloads/docs/GRHS2011/GRHS.2011.Abridged.English.pdf]. Acesso em 18.01.2012.

também a partir das situações de fato subjacentes aos casos concretos postos ao crivo da Administração.

1.2. A CDRU como instrumento de realização de políticas públicas de moradia em áreas da União

Nosso objetivo é demonstrar como a atuação do poder público, pautada pelo direito constitucional à moradia e por diversas reformas e alterações legislativas, acabaram transformando uma espécie de contrato típico da Administração, a concessão de direito real de uso (CDRU), de natureza eminentemente imobiliária em sua origem, em verdadeira ferramenta para a consecução de políticas públicas habitacionais.

A atuação do Estado na elaboração e na implementação de políticas públicas envolve a utilização de uma série de instrumentos – sejam humanos, materiais ou operacionais – que, não raro, encontram-se afastados da esfera de disponibilidade das entidades responsáveis pela administração pública.

O aparato estatal brasileiro, no início deste século, encontra-se estruturado de maneira deficiente e profundamente heterogênea, com vasta descentralização de atribuições e caracterizado por frequentes choques e conflitos de competência em matéria de administração pública. A burocracia da administração pública, apoiada em uma série sem fim de normas jurídicas (leis, portarias, regulamentos) e caracterizada pela diluição de competências no exercício das funções públicas entre diversos órgãos, assim como as práticas isoladas de cada órgão público, dentre outros fatores, levam a uma atuação desconexa por parte do poder público, que, no fundo, apenas catalisa e reproduz uma multilateralidade de interesses, oriundos da própria coletividade, nos diversos campos de atuação do Estado.

No direito administrativo brasileiro são tradicionais a formulação de teses e debates, no campo jurídico, a partir da observação dos *princípios* que norteiam a Administração Pública (previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal). Teses são desenvolvidas, traços e esboços são delineados, conceitos são importados indiscriminadamente, mas não há consenso na criação de uma linguagem única para o direito administrativo enquanto método científico, especialmente quando o objeto estudado são os contratos firmados pelo Estado-Administração.

Tem-se, então, no Brasil, na primeira década do século 21, seja representado por repartições, órgãos, entidades, agências reguladoras e fiscalizadoras, empresas públicas ou privadas contratadas, bancos etc., o Estado não só como condutor da *administração pública*

com vistas à efetivação de políticas públicas revertidas ao bem de toda a coletividade dos *administrados*, mas também de verdadeiro investidor, visando a efetivar políticas públicas a partir da sua participação direta como ator-protagonista da atividade econômica desenvolvida no país, a serviço do desenvolvimento social. Nessa linha, com uma disponibilidade orçamentária colossal, se comparada aos atores privados do mercado, é o Estado quem celebra os contratos mais cobiçados pelos diversos atores da economia global, seja em razão dos vultosos valores envolvidos, seja pela importância sócio-política do objeto contratual, seja pelo alto grau de certeza quanto à realização de pagamentos.

A busca cada vez mais frequente de recursos no mercado, por *órgãos públicos* para a prestação de *serviços públicos*, visa a suprir as tais deficiências estatais, o que envolve negociação e formalização de instrumentos jurídicos e de gestão pública que sejam idôneos a salvaguardar o *interesse público*. Esses instrumentos, tradicional e genericamente, no direito brasileiro, são postos sob a rubrica de *contratos administrativos*.

Mas, analisando as origens desses contratos e a sua conformação atual no direito brasileiro e no estrangeiro, seria possível encontrar um método coerente do direito administrativo pátrio, capaz de ensejar um padrão comum de diálogo que propicie a construção de teorias minimamente homogêneas e que consigam dialogar uma com a outra?

Para tanto, com o objetivo de traçar uma linha comum no argumento jurídico subjacente à edição do ato administrativo, selecionamos manifestações consubstanciadas por pareceres exarados pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no assessoramento ao Ministro de Estado da Pasta, ao longo dos anos de 2011 e 2012, nos atos autorizativos de sua competência para a celebração de contratos de concessão de direito real de uso de terras e imóveis da União¹³⁴.

Deve-se ressaltar que os contratos de cessão autorizados pelo Ministro de Estado do Planejamento decorrem da delegação de competência prevista no art. 1º, I, Decreto n. 3.125,

¹³⁴ A atuação das Consultorias Jurídicas junto às autoridades do Executivo é determinada pelo art. 11 e respectivos incisos, da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, *verbis*: “Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo; II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo; V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas: a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

atribuída originalmente por lei¹³⁵ à Presidência da República. Esses contratos são, no plano imobiliário, aqueles mais relevantes sob os aspectos políticos e econômicos, especialmente levando-se em conta que o principal dos critérios estabelecidos para a autorização ministerial é o envolvimento de áreas superiores a 55 hectares¹³⁶.

Nesta altura, nosso objetivo é demonstrar que a celebração desses contratos, classificados pela doutrina tradicional como contratos típicos – em que a Administração age como se particular fosse, já que se trataria de mera *gestão imobiliária*, na verdade, também trazem consigo uma alta carga subjacente ao planejamento da política pública delineada para o exercício daquela gestão.

No caso das CDRUs, notaremos que a sua utilização, muito além dessa mera gestão, funciona como importante instrumento na viabilização de políticas públicas de moradia para famílias de baixa renda, bem como de políticas públicas voltadas ao manejo de reservas extrativistas em florestas especialmente protegidas pela legislação ambiental, aliadas à formalização e regulação da utilização dessas áreas também por famílias de baixa renda visando à própria subsistência dessas famílias.

Por evidente, para a celebração de CDRUs que se prestam à instrumentalização de políticas públicas como as acima narradas, consolidou-se no Brasil, especialmente a partir do final da década de 1990, um arcabouço jurídico-normativo apto a lastrear, no campo formal, a efetiva utilização desses contratos como ferramentas para a viabilização de políticas públicas sociais quanto ao uso de terrenos, áreas e imóveis da União.

Noutro passo, a análise da atuação prática da SPU nos últimos dez anos, dissecada pelo tópico anterior, também é fundamental para se constatar a conformação do direito, a partir da promoção de alterações de dispositivos legais, aos objetivos traçados nas políticas públicas de gestão de imóveis e terrenos da União voltados à redução do déficit habitacional no país¹³⁷.

¹³⁵ Cf. art. 18, §3º, Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998.

¹³⁶ A Portaria do Ministério do Planejamento n. 211/2010 subdelegou ao chefe da Secretaria do Patrimônio da União a competência para autorizar a cessão de imóveis com área inferior a 55 hectares, permitindo a subdelegação quando se tratar de imóveis com área inferior a 50 hectares. Note-se a redação do art. 1º, III, da referida portaria ministerial: “Art. 1º Fica subdelegada competência ao Secretário do Patrimônio da União para, observadas as disposições legais e regulamentares, autorizar: (...) III - a cessão gratuita, sob quaisquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, e na Lei nº 9.636, de 1998, de imóveis de domínio da União com área inferior a 55ha, permitida a subdelegação quando se tratar de imóveis com área inferior a 50ha”.

¹³⁷ Segundo estimativa da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre Moradia Adequada, no início do terceiro milênio 1,1 bilhão de pessoas vivem em condições habitacionais ditas inadequadas, somente se consideradas as áreas urbanas. Em muitas cidades dos países em desenvolvimento, mais da metade da população vive em favelas ou assentamentos informais, sem garantia jurídica de posse e, principalmente, em condições que podem ser descritas como ameaçadoras da vida e da saúde. Entre as cerca de 100 milhões de pessoas

Prima facie, neste ponto, é preciso repisar que a aposição do contrato administrativo como categoria jurídica autônoma não é consenso na doutrina do direito administrativo.

Maria João Estorninho¹³⁸ assevera que o surgimento da figura do contrato administrativo não se deve ao acaso ou a uma simples interpretação da noção de separação de poderes ou repartição de competências. Ao contrário do que se possa intuir, para a autora, o nascimento da figura do contrato administrativo não foi um sinal de modernidade, mas sim um expediente da doutrina francesa para manter a autoridade da Administração Pública (e de sua “Justiça Administrativa”) mesmo em suas relações contratuais. Para Estorninho, em crítica à doutrina tradicional francesa, inexistente um critério perfeito para caracterizar a autonomia do contrato administrativo em relação à figura do contrato comum. Todas as ditas “prerrogativas” da Administração são, em maior ou menor medida, permitidas em contratos do direito comum.

Nesse passo, as conclusões da autora portuguesa dão conta de que a figura do contrato administrativo não passa de um mito, pois o regime jurídico do contrato administrativo é, em si mesmo, compatível com o Direito contratual comum. Sendo assim, a Administração, quando exerce seu poder de modificar unilateralmente os contratos por ela firmados, não está a exercer uma prerrogativa contratual, mas sim praticando um ato de poder público, um direito que lhe pertence enquanto Administração.

Ao contrário de Estorninho, o professor brasileiro Fernando Menezes de Almeida¹³⁹, em tese de livre-docência apresentada à Universidade de São Paulo, defende que a noção de contrato administrativo tem por termo inicial a consolidação do Estado de Direito contemporâneo. Isso porque, já em meados século 19, admitia-se com naturalidade que entidades estatais celebrassem contratos para: a) suprir suas necessidades de bens e serviços; b) valerem-se da colaboração de particulares no desempenho de suas funções; e, c) para

desabrigadas em todo o mundo, dados informados pela Organização das Nações Unidas – ONU sugerem que proporções cada vez maiores de mulheres e crianças serão atingidas pelo flagelo da falta de moradia. Nesse cenário, a necessidade anual de habitação nas zonas urbanas dos países em desenvolvimento foi calculada pela ONU em cerca de 35 milhões de unidades para a primeira década do século XXI (2001-2010). United Nations, Information brochure on the United Nations Housing Rights Programme [relatório na internet] Nairobi e Genebra, Março de 2003. Disponível em <http://ww2.unhabitat.org/programmes/housingrights/documents/UNHRPBrochureNew3.2003.pdf>. Acesso em 12.11.12; Nações Unidas [relatório na internet] Genebra; Março de 2005. Disponível em <http://www.un.org/millenniumgoals/sgreport2005.pdf?OpenElement>. Acesso em 12.11.2012; United Nations, Habitat Agenda Genebra; Abril de 2002. Disponível em http://www.unhabitat.org/downloads/docs/1176_6455_The_Habitat_Agenda.pdf. Acesso em 11.11.2012.

¹³⁸ ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*, Coimbra: 2003. Almedina, 190, p. 21-59.

¹³⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*, Tese de Livre-Docência, USP, 2010.

relacionar-se com outros entes estatais. Dignos de destaque os seguintes dizeres extraídos da obra do mencionado autor¹⁴⁰:

(...) porém, quando o objeto em questão não era o suprimento das necessidades do Estado de bens ou serviços, mas sim o desempenho das funções estatais, ou ainda o suprimento das necessidades do Estado por bens e serviços de modo estreitamente ligado ao desempenho das funções estatais, aqui o objeto de eventual relação entre as entidades estatais e pessoas privadas tomava-se essencialmente diverso do objeto encontrado em relações privadas, por se tratar de funções, por definição, próprias do Estado. Neste caso, alguns países, notadamente a França, aplicavam uma teoria específica de Direito Público - a teoria do contrato administrativo - para explicar tal fenômeno como algo diverso do fenômeno contratual privado; esta teoria não era aceita em alguns outros Direitos, como é o caso do alemão e do inglês.

Almeida, no entanto, não deixa de asseverar que a noção de contrato administrativo nada mais é do que uma peculiar *solução teórica*, decorrente de uma progressiva construção com base empírica e histórica, voltada para explicar a relação entre entes estatais e pessoas privadas para uma colaboração voluntariamente consentida, visando ao desempenho das funções estatais. Trata-se, pois, de solução desenvolvida no âmbito do direito francês, que influenciou especialmente o direito espanhol, o português e, em menor medida, o italiano. Também se expandiu além da Europa continental, influenciando diretamente o direito brasileiro.

Para a nossa jornada, entretanto, não é necessária imersão profunda nas origens do contrato administrativo ou em sua categorização como fenômeno jurídico autônomo.

Interessa-nos, noutro passo, avaliar a maneira pela qual os contratos de concessão de direito real de uso são firmados pela União Federal, mediante a análise dos aspectos de fato e de direito submetidos à autoridade pública titular da prerrogativa de autorizar a firmação dessas avenças. Notar-se-á que o mote principal no estabelecimento desses contratos, longe de regular a utilização meramente mercadológica de imóveis da União, reside no estabelecimento de claras ferramentas aptas a auxiliar o poder público na promoção de políticas públicas de habitação com o fomento do direito à moradia.

Saliente-se que a CDRU é uma espécie do gênero cessão de bens públicos. Trata-se de uma forma de utilização dos bens dominicais de propriedade das pessoas jurídicas de direito público. A doutrina tradicional encabeçada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴¹ define a CDRU como:

¹⁴⁰ Ibidem, p. 152.

¹⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 915.

(...) o contrato pelo qual a Administração Pública transfere, por tempo certo ou por prazo indeterminado, como direito real resolúvel, o uso remunerado ou gratuito de terreno público para que seja utilizado com fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social.

Deve-se frisar que a CDRU encontra previsão normativa no art. 18, parágrafo 1º, da Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, em cumulação com o art. 7º do Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967. Note-se o que diz a redação dos mencionados dispositivos normativos, respectivamente:

Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, imóveis da União a: (...) 1º. A cessão de que trata este artigo poderá ser realizada, ainda, sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, aplicando-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do *caput* deste artigo.

Art. 7º. É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas”.

De se observar que a redação constante do *caput* do art. 7º do Decreto n. 271, de 1967, na parte que trata da finalidade específica da CDRU voltada para a “regularização fundiária de interesse social”, foi introduzida pela Lei n. 11.481, de 2007 (resultado da conversão da Medida Provisória n. 292, de 2006, conforme explicitado alhures). De se destacar, ainda, a regra jurídica totalmente aberta referente à implementação de CDRU para “outras modalidades de interesse social em áreas urbanas”.

1.3. Análise dos argumentos

Feito este breve introito, com o fito de demonstrar que contratos dessa natureza são comumente celebrados pelo poder público para materializar suas políticas de destinação de imóveis e realizar programas habitacionais e de regularização fundiária, apresentaremos a

seguir quatro pareceres exarados pela Consultoria Jurídica junto ao MPOG entre os anos de 2011 e 2012¹⁴².

O primeiro deles estabelece as condições em tese pelas quais uma concessão de direito real de uso pode ser firmada para promover a “regularização fundiária de interesse social”. Os outros três referem-se a casos práticos enfrentados no âmbito do órgão de consultoria ministerial, o que permite descortinar as nuances consideradas para a efetiva caracterização do interesse social.

1.3.1. Parecer n. 1011/5.4.7/2011

O opinativo trata, de forma genérica e em abstrato, de CDRU para fins de regularização fundiária de interesse social gratuita e por prazo indeterminado. Ou seja, o parecer não se presta à análise dos requisitos exigidos para a concessão com vistas ao atendimento de outras finalidades previstas na lei de regência (urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas).

Assim, o parecer jurídico em tela, em nítida busca nos institutos consagrados pelo direito civil atinentes aos direitos reais, inicia a construção do seu argumento enumerando as razões pelas quais a Administração Pública teria interesse em celebrar contratos de concessão de direito real de uso, prosseguindo sua tarefa, ato contínuo, com a exposição de uma classificação das possibilidades de aplicação da CDRU:

Ressalte-se que a Administração terá interesse na sua utilização quando houver intenção de radicar o beneficiário no imóvel com um maior grau de definitividade, uma vez que um direito real estará sendo transferido. E, como direito real, possui suas características inerentes, tais quais a imediata adesão à coisa, o direito de sequela, exclusividade, oponibilidade erga omnes e exercício independente da colaboração de terceiros. Como peculiaridade, apenas o fato de se constituir um direito real resolúvel, nos termos da descrição legal (art. 7º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 271/67).

Da leitura do conceito e das normas relativas à CDRU percebemos as diversas possibilidades de aplicação do instituto, senão vejamos: a) quanto ao objeto: terrenos públicos ou particulares; b) quanto ao período: tempo certo ou indeterminado; c) quanto à contrapartida: remunerada ou gratuita; d) quanto à finalidade: regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de

¹⁴² Todos os pareceres encontram-se disponíveis para consulta pública, no endereço eletrônico <http://sisjur.planejamento.gov.br/>.

interesse social em áreas urbanas; e) quanto à solenidade: contratação por instrumento público, particular ou por simples termo administrativo.

Entretanto, numa espécie de *encruzilhada dogmática*, o parecer esbarra na ausência de contornos legislativos para a aplicação prática do instituto:

Ocorre que, dentre as inúmeras formas de aplicação, nem a legislação patrimonial e nem as normas infralegais trazem requisitos específicos para a destinação dos imóveis da União mediante CDRU. Afora que o terreno evidentemente deve ser público e a contratação formalizada por instrumento público ou termo administrativo, a Administração pode, a princípio, seguindo critérios de conveniência e oportunidade, eleger o período, a contrapartida e a finalidade imediata que lhe convir.

A afirmação acima é crucial para a linha delineada em nossa pesquisa. Ora, não se trata de a lei pré-ordenar a atuação da Administração, mas sim de oferecer instrumentos que, moldados aos casos concretos, permitam a consecução de políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, que são subjacentes à própria celebração de contratos desta natureza. Por sinal, as políticas públicas de moradia são explicitamente reconhecidas pelo parecer ora apresentado com verdadeiro fundamento para a celebração de CDRU, senão vejamos:

Em suma, se a União destinar um imóvel através de CDRU para quem já é proprietário de um outro imóvel, ela estará promovendo a regularização fundiária do bem, mas estará se olvidando do interesse social. Isto é, ao optar pela regularização fundiária de interesse social, a SPU indica que a finalidade pública é imperiosa. E esta finalidade só será atingida se o direito real de uso for disponibilizado para quem não possui outro imóvel apto a funcionar como moradia digna.

E, na justificação de seu raciocínio, apresenta elementos que permitem a verificação prática da característica eminentemente aberta inerente ao sistema de direito administrativo brasileiro, conforme já delineamos no presente ensaio, na linha de autores como Larenz, Shimidt-assman, Sundfeld e Medauar. Note-se como se deduz a manifestação para a justificação do emprego da CDRU gratuita em políticas públicas de moradia:

Importante ressaltar que nossa interpretação não advém de qualquer aplicação analógica das normas que regulamentam os demais instrumentos de destinação patrimonial, muito menos emana da criação de requisitos sem suporte jurídico. Em verdade, sustentamos que a discricionariedade para a exigência de tais e quais requisitos para a CDRU restou limitada pela própria escolha prévia feita pela Administração, mormente no tocante à finalidade: regularização fundiária de interesse social (gratuita e por tempo indeterminado). Nessas hipóteses, parece-nos ser indispensável que os beneficiários sejam compelidos a comprovar que são de baixa renda e que não são proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

E mais adiante, o parecer assim arremata (grifou-se):

Ao interpretarmos que a aplicação da CDRU para fins de regularização fundiária de interesse social demanda a comprovação de que o beneficiário é de baixa renda e de que não é proprietário de outro imóvel, nada mais estamos fazendo do que emprestar juridicidade a uma escolha feita pela Administração. Aliás, muito mais importante do que a própria regularização fundiária é garantir o direito à moradia a quem realmente necessita. E é justamente aqui que entra mais uma limitação à discricionariedade, qual seja, o ‘princípio da boa administração.

(...) Ou seja, cientes de que as possibilidades são limitadas, os administradores devem aproveitar os recursos disponíveis para garantir os valores mais elevados de nossa sociedade. Mais uma vez, entre regularizar para manter nos imóveis pessoas que neles moram há bastante tempo, mas que não são de baixa renda ou possuam outros imóveis, e destinar para pessoas que não tenham sequer um único bem para lhes servir de moradia, a segunda opção atende muito mais o ordenamento jurídico como um todo.

Deve-se notar que o atendimento às famílias de baixa renda, no que concerne ao fomento de moradia digna por meio de regularização fundiária operada através da celebração de contratos de CDRU, não é considerada pelo parecer em análise como uma opção política titularizada pelo Estado-Administração, mas verdadeira imposição jurídica dessa atuação estatal. Evidentemente que tais considerações só cabem se considerado o direito administrativo como um sistema eminentemente aberto.

1.3.2. Parecer n. 0553/5.4.7/2012

O caso concreto analisado pelo opinativo epigrafado tratou da regularização fundiária da ocupação de cerca de 130 famílias ribeirinhas no Município de Mazagão Velho, no Estado do Amapá, visando também à implementação de “projeto agroextrativista”. Deve-se frisar que a área envolvida compreendia 11,2 mil hectares relativos a uma gleba que já havia sido arrecadada pelo INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, autarquia federal.

Aspecto importante a ser observado é que a totalidade do terreno também englobava áreas dominicais inalienáveis da União, tais como terrenos de marinha, acrescidos e marginais de rios. Por tal razão, o processo administrativo, que chegou a ser instruído visando à promoção de doação das terras ao INCRA, teve a sua instrução final canalizada para a celebração de CDRU, o que também atenderia aos interesses das políticas públicas entabuladas para o local.

Ou seja, a escolha do instrumento foi eminentemente pragmática, o que corrobora nossas impressões sobre a volatilidade dos conceitos e classificações empregadas aos ditos contratos administrativos e aos contornos de um sistema aberto do direito administrativo. Note-se o que narra o parecer em tela relativamente aos *fundamentos jurídicos* para a celebração da CDRU no caso em que analisou:

Verifica-se que a cessão em tela enquadra-se em mais de uma hipótese prevista pelo art. 7º do DL 271/67 para a promoção da regularização fundiária, quais sejam, ‘cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência’, já que tornará reconhecida pelo Poder Público a ocupação de aproximadamente 130 famílias de baixa renda que desenvolvem no local atividades agroextrativistas, conforme se extrai das informações constantes dos autos.

Nota-se que, em sede de CDRU, é possível o estabelecimento de cláusulas voltadas à conservação (ou preservação) do meio ambiente, privilegiando a coexistência de habitações e áreas especialmente protegidas, o que demonstra que o uso do solo para fins de moradia na região encontra-se integrado ao contexto ambiental local.

1.3.3. Parecer n. 0299/5.4.7/2011

Na linha do direito administrativo participativo ou cooperativo entre Estado e sociedade, neste caso concreto analisou-se a viabilidade jurídica para a celebração de CDRU, tendo de um lado a União como cedente e, de outro, entidade privada como cessionária, consubstanciada pela Associação de Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais da Ilha de Patiaca.

O imóvel pretendido em cessão possui área de 268 hectares, variável de acordo com o período do ano, por se tratar de ilha fluvial. Situa-se no Município de Buriti dos Lopes, Estado do Piauí e pertence à União por força do art. 20, III, da Constituição Federal.

No caso concreto, a atuação da Administração Pública visou à promoção da regularização fundiária de 88 famílias que já ocupavam a área em tela, onde historicamente desenvolvem atividades agrícolas e extrativistas de subsistência.

De se notar que o procedimento administrativo inaugurou-se a partir de requerimento formulado por entidade associativa local, que noticiou, inclusive, a existência de conflito pela posse da área, tendo em vista as constantes ameaças sofridas pelos ocupantes de baixa renda, notadamente em razão do interesse de pecuaristas e posseiros que desejavam utilizar o terreno para fins eminentemente econômicos.

A primeira preocupação do parecer residiu no afastamento de eventuais problemas de natureza ambiental, uma vez que a destinação da área aos trabalhadores não foi objeto de oposição do órgão ambiental:

Deve-se destacar que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA não se opôs à presente cessão, desde que com o órgão a entidade interessada lavrasse termo de ajustamento de conduta com o compromisso de ‘não utilizar no local agrotóxicos, fogo e mecanização, bem como preservar eventual vegetação das bordas do solo consolidado’, conforme se constata à fl. 44. Frise-se que não há nos autos nenhum documento atinente ao referido ajustamento.

Passo seguinte, o parecer deixou assentado que a destinação mediante instituição de CDRU, para o caso concreto, atenderia mais de uma das hipóteses previstas na legislação:

Verifica-se que a cessão em tela enquadra-se em mais de uma hipótese prevista pelo art. 7º do DL 271/67 para a promoção da regularização fundiária, quais sejam, ‘aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência’, já que tornará reconhecida pelo Estado a ocupação de 88 famílias carentes que desenvolvem no local agricultura de natureza familiar, conforme se deduz das informações constantes dos autos.

De se notar, ainda, o alerta feito no bojo do parecer pela necessidade de se registrar a área em nome da União no cartório de imóveis antes da efetiva assinatura do contrato de cessão:

Em que pese ser incontestável o domínio da União sobre o bem por força de comando constitucional, já que se trata de ilha fluvial (CF, art. 20, IV), deve-se atentar para o fato de não haver registro nos assentamentos do competente Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Buriti dos Lopes, providência que deverá ser levada a efeito pela SPU/PI antes da assinatura do contrato de cessão, uma vez que a concessão de direito real de uso só pode ser efetivada com o devido registro do imóvel dado em cessão, já que transmite direitos reais aos cessionários.

Por evidente, o alerta acima reflete ser imperioso, em sistemas abertos como o do direito administrativo, a compatibilização da destinação administrativa (ainda que estabelecida em nítida política pública de gestão de imóveis da União) operada mediante CDRU aos institutos tradicionais do direito, já que se formaliza, nesses contratos, a transmissão de um direito real, passíveis de registro imobiliário segundo as regras tradicionais do direito civil.

1.3.4. Parecer 0815/5.4.6/2012

Neste caso tratou-se de projeto mais amplo. Além de *inputs* relativos à regularização fundiária de 715 famílias de baixa renda que já ocupavam área da União localizada no município de Priripiri, Estado do Piauí, o projeto apresentado pela SPU englobou a instalação de equipamentos públicos, de empreendimentos comerciais e industriais, bem como relativos à urbanização da área.

A efetivação do projeto dar-se-ia mediante a firmação de contrato de CDRU com a prefeitura do município, que ficaria responsável pela execução da política. Como se vê a seguir, o parecer definiu, sob o ponto de vista jurídico, a aplicabilidade do art. 7º, Decreto n. 271, para o complexo projeto, senão vejamos:

(...) no que respeita aos aspectos jurídicos da proposta de cessão ora analisada, deve-se destacar que o respaldo legal situa-se no art. 18, I e §1º, da Lei 9.636/98 c/c art. 7º do DL 271/67. (...) Verifica-se que a cessão em tela enquadra-se em mais de uma hipótese prevista pelo art. 7º, caput, do DL 271/67 para a promoção da regularização fundiária, quais sejam, ‘implementação de projeto que contempla regularização fundiária de 715 famílias, bem como urbanização, instalação de equipamentos públicos e empreendimentos comerciais e industriais’, conforme se extrai das informações constantes dos autos.

Ressalte-se, ainda, a incidência de dispensa de licitação prevista no art. 17, I, “f”, da Lei 8.666/93 para a lavratura de CDRU com o município. No entanto, ressalta o parecer que os procedimentos de licitação devem ser fielmente observados pelo ente municipal quando da destinação final em se tratando das áreas que serão utilizadas para a implementação de empreendimentos comerciais ou industriais.

Aqui se verifica que as diferenças entre os regimes de utilização previstos, relativos às porções de terreno situadas em área maior da União não se configura fator impeditivo para a obtenção de autorização ministerial com vistas à celebração de CDRU. Isso se deve à abertura trazida na redação normativa do art. 7º, do Decreto n. 271, de 1967. O dispositivo permite que a gestão desses imóveis seja voltada para a promoção de quaisquer modalidades que sejam de interesse social, ou seja, prevalece a vontade político-administrativa em detrimento ao estabelecimento de regras rígidas que engessem a atuação do Estado.

1.4. Observações finais

As rápidas e contínuas mudanças das estruturas sociais apresentam novos problemas para a teoria tradicional do direito. A dinâmica das relações sociais revela processos complexos e acelerados dessas transformações, que se mostram profundas e marcantes, constituindo-se uma das razões para a crise atual do juspositivismo.

Isso permite asseverar que, para a resolução de determinados problemas, a compreensão do direito enquanto algo autômato voltado à regulação estática de fenômenos sociais encontra-se superada, de modo que se deve vislumbrá-lo como um mecanismo dinâmico direcionado à solução de problemas concretos, especialmente para a sustentação de políticas públicas que buscam tal fim.

As atividades da Administração Pública, em sua essência, pautam-se por essa linha de atuação, ou seja, caminham em constante observação das condicionantes e variáveis decorrentes do próprio sistema social que balizam a sua atuação política para a solução de problemas concretos. É sensível que o atual estágio do direito administrativo, especialmente no Brasil, encontra-se pautado por uma desconexão de métodos e, por consequência, torna-se incapaz de oferecer uma linguagem homogênea que consiga definir os exatos contornos e especificar as características próprias inerentes e inatas a uma suposta categoria alcunhada de contrato administrativo. Nesse sentido, qualquer predefinição pode ser prejudicial aos próprios fins do Estado.

Não há um método suficientemente coerente oriundo da doutrina do direito administrativo pátrio ou mesmo da legislação, que seja capaz de ensejar um padrão comum de diálogo que propicie a construção de teorias que consigam dialogar uma com a outra. Falta, portanto, ao direito administrativo, uma sistematicidade e a definição de um método próprio. Como procuramos demonstrar nesta jornada, até mesmo a celebração de contratos administrativos ditos típicos, que supostamente envolveriam a *mera* gestão de imóveis públicos, na verdade, também trazem consigo uma alta carga subjacente à política pública delineada para o exercício daquela gestão.

A análise da prática da atuação do poder público em relação a um dado instituto jurídico legalmente previsto consubstancia-se na maneira mais eficiente de delinear contornos, características, procedimentos, e a efetiva aplicação e conformação do direito administrativo à luz da implementação de políticas públicas.

Na utilização de contratos de concessão de direito real de uso pelo poder público, notamos que, muito além dessa mera atividade de gestão, esses pactos funcionam como

importantes instrumentos para a viabilização de políticas públicas de habitação e moradia para famílias de baixa renda, inclusive em áreas de proteção ambiental.

Capítulo 2. A interação dos discursos no caso do Jardim Botânico

2.1. Introdução

Que se deixe assentado que nas hipóteses de utilização de imóvel da União por órgão ou entidade da administração pública federal para o desenvolvimento de atividades finalísticas, ato este efetivado normalmente por meio da lavratura de termo de entrega¹⁴³, restringe a utilização do imóvel para aqueles fins determinados no instrumento de utilização.

No caso do Jardim, até junho de 2013 não havia qualquer instrumento de destinação formalizado pela SPU ao IJBRJ e nem notícia do registro imobiliário da área, em que pese ter sido a edição do ato previamente autorizada pela Ministra do Planejamento desde setembro de 2011¹⁴⁴. Os órgãos e entidades públicas envolvidos no problema não possuem um consenso quanto aos exatos limites territoriais do imóvel e quais seriam os espaços necessários ao funcionamento e expansão do Jardim.

E mais: o TCU afirma em relatório técnico, datado de setembro de 2012, que 10 dos 11 setores encontram-se inseridos em áreas tombadas pelo IPHAN. Também não ha consenso sobre este ponto¹⁴⁵. Assim, o TCU considera a existência de 520 famílias no interior da área e não 621, como afirma a SPU a partir do perímetro por ela definido para a área do Jardim Botânico do Rio de Janeiro (vide mapa 3).

Neste ponto cabe uma observação. É certo que a politologia com a descrição dos fatos, a organização dos discursos e a consequente e análise crítica dos argumentos que nos propomos a realizar, tendo em vista os rumos que uma dada decisão política pode conferir ao caso no curso dos processos institucionais, pode encontrar tensões não esperadas nos rumos da formulação da política pública para a resolução do problema.

No caso do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, algumas propostas chegaram a ser anunciadas conjuntamente pelos órgãos federais envolvidos no problema, especialmente

¹⁴³ Cf. Decreto-Lei n. 9.760, de 1946, art. 79.

¹⁴⁴ Cf. Portaria da Ministra de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão n. 357, publicada no Diário Oficial da União em 16 de setembro de 2011.

¹⁴⁵ Note-se da informação prestada pelo Superintendente do IPHAN, em 07/02/2011, constante de ata de reunião realizada pela CCAF (fl. 1557 do processo administrativo n. 00405.008207/2010-5: “O Superintendente Regional do IPHAN informou que, dentro da área hoje administrada pelo Jardim Botânico, são tombados: a) o acervo científico e paisagístico (arboreto, orquidário, jardins, estátuas etc.); b) construções específicas; c) sítios arqueológicos. No que diz respeito às ocupações existentes na área, o IPHAN opina que as áreas acima da margem esquerda do Rio dos Macacos estão incorporadas ao conjunto urbano externo aos limites do Jardim Botânico e a regularização destas áreas não afetaria o conjunto paisagístico do parque. Entretanto, a área no entorno do Solar da Imperatriz, bem como os núcleos do Grotão, Caxinguelê e Margaridas, que conectam o horto ao arboreto, não deveriam ser regularizadas”.

depois dos estudos técnicos produzidos pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, em setembro de 2010. O plano de intervenção relativo a tais estudos, diga-se, estabeleceu como premissa a participação comunitária como indispensável por meio da realização de reuniões com as associações representativas e diretamente com os moradores (por meio de assembleias divididas por quadras), bem como realização de oficinas temáticas com a presença também de representantes das instituições públicas¹⁴⁶.

Deve-se notar, então, que a universidade chegou a propor uma solução intermediária para o caso, negociada entre os principais atores do processo administrativo que constitui nosso objeto de estudo (SPU, IPJBRJ, MMA e IPHAN), em que algumas moradias teriam de ser removidas por se situarem em áreas consideradas de risco (com alto grau de declividade) ou prejudiciais à preservação do conjunto paisagístico do parque, ao passo que boa parte das casas permaneceria na Comunidade do Horto porque não representariam qualquer obstáculo à expansão da área de visitação do Jardim e se integravam ao ambiente natural do local. Pela referida proposta, 318 famílias permaneceriam no local.

No mapa (4), abaixo, pode-se visualizar os termos da proposta encaminhada com base nas conclusões da UFRJ:



Mapa 4 – Em vermelho, áreas onde haveria remoção das moradias. Em azul, as áreas passíveis de regularização.

¹⁴⁶ Cf. fl. 1448 do processo administrativo 00405.008207/2010-50.

A proposta da UFRJ foi levada aos autos do processo administrativo da CCAF e, durante o ano de 2011, foi considerada razoável pelos principais atores institucionais envolvidos. No âmbito da CCAF, então, passou-se a debater o modo de implementação, ou seja, quais seriam os meios e circunstâncias viáveis para a execução do projeto.

Entretanto, como a dinâmica do caso concreto envolve os já mencionados multi-interesses dentro de um complexo quadro de ações e intervenções, a política pública, ainda na fase de sua formulação, sofreu com fatores e variáveis externos, especialmente a partir da intervenção direta do TCU com a decisão proferida pelo tribunal em setembro de 2012.

Nesse plexo, depois de quase uma década de trabalhos de articulação institucional realizados no âmbito do governo federal e, em especial, depois de quase quatro anos da instauração da CCAF para a tentativa de resolução do problema, em maio de 2013 o poder executivo federal, na linha do que decidiu o TCU, tornou pública a decisão de retirar da Comunidade do Horto os moradores dos dez setores considerados insertos nos limites da área da União¹⁴⁷, bem como de ampliar as instalações do Jardim Botânico. Oportuno destacarmos a íntegra da notícia veiculada no sítio eletrônico do MMA¹⁴⁸:

Idéia é transformar um dos maiores patrimônios do Rio de Janeiro em referência internacional de botânica

A ideia de transformar o Jardim Botânico do Rio de Janeiro (JBRJ) em centro de referência internacional em botânica foi defendida pela ministra do Meio Ambiente, Izabella Teixeira, na manhã desta terça-feira (07/05), durante anúncio do novo perímetro da instituição. O projeto cumpre determinação do Tribunal de Contas da União (TCU) e tem como prioridade a preservação do meio ambiente, o patrimônio histórico tombado e a eliminação das situações de risco na área do parque.

Para atingir estes objetivos, segundo a ministra, são necessárias iniciativas de fortalecimento ao parque, que vão desde o cuidado com a realocação das 620 famílias que hoje habitam a área até melhorias educacionais, culturais e estruturais. Essas medidas foram consolidadas em estudo realizado por grupo do governo federal, com representantes da Secretaria de Patrimônio da União (SPU), Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) e Ministério do Meio Ambiente (MMA).

JUSTIÇA SOCIAL

¹⁴⁷ Importa frisar que a decisão foi anunciada pelo governo por meio de entrevista coletiva, concedida em 07/05/2013, pelos Ministros do Meio Ambiente e da Advocacia-Geral da União, além da Secretária do Patrimônio da União e do Superintendente Nacional do IPHAN. Não há no processo administrativo objeto de nossos estudos documento que formalize essa decisão, ou mesmo quaisquer notas técnicas ou relatórios produzidos pelos órgãos envolvidos. Portanto, nossas fontes, neste ponto, serão os próprios órgãos de imprensa e terão natureza indireta.

¹⁴⁸ Disponível em [http://www.mma.gov.br/informma/item/9302-jardim-bot%C3%A2nico-ser%C3%A1-ampliado]. Acesso em 06.06.2013.

“A partir desse estudo definimos o novo perímetro do JBRJ, que ficaria com área de 132,5 hectares e como será a interlocução com os moradores que hoje habitam o local”, explicou Izabella. O cuidado com essas pessoas e a visão do governo em buscar soluções para cada uma das famílias, seguindo suas particularidades e nos termos da legislação, fazem parte de todo o processo de transformação do Jardim Botânico. “O nosso objetivo com essas iniciativas é preservar o meio ambiente e cuidar das pessoas, de forma igualitária e socialmente justa”, acrescentou.

A ministra informou, ainda, que será feito o recadastramento das famílias nos próximos 30 dias, com atendimento pessoal a cada um dos moradores, por meio de um escritório de apoio, montado dentro do próprio Jardim Botânico. “Todos os órgãos federais envolvidos participarão desse apoio e, no escritório, cada família poderá se informar sobre sua situação, caso a caso, e técnicos explicarão as etapas do processo e soluções propostas para cada caso”, salientou. O objetivo é assegurar o atendimento de todos, considerando a situação socioeconômica e as possibilidades previstas em lei.

FORTALECIMENTO

Como parte das medidas de fortalecimento ao JBRJ, foi identificada nos estudos uma área adicional de Mata Atlântica que se busca ampliar dentro do parque. “Vamos conversar com os proprietários dessa área para verificar se é possível a doação”, afirmou Izabella. “Assim, nós estaríamos ampliando com quase 3,5% a área além da definida no perímetro”. Além disso, ela também citou a necessidade da expansão da coleção de plantas brasileiras de Mata Atlântica, incentivos à Escola Nacional de Botânica Tropical, expansão na área de biotecnologia, estruturação de laboratório para sequenciamento molecular, expansão de viveiros de espécies nativas e consolidação do complexo sociocultural do parque.

O ministro-chefe da Advocacia Geral da União, Luis Inácio Adams, reforçou que o novo perímetro do JBRJ é o reconhecimento de uma área do século passado e que é patrimônio histórico. “Estamos apenas reconhecendo o que está consolidado historicamente, o que nos levará a inúmeras negociações”. Já a secretária nacional do Patrimônio da União, Cassandra Nunes, destacou o cuidado por parte do governo dessas pessoas que vivem na área do parque há anos. “Precisamos ter um compromisso com cada família, dialogar e buscar soluções para todos”, explicou. Segundo ela, ainda não foram definidas quais as possibilidades de solução para as famílias, mas ela garante que serão adequadas às necessidades econômicas e culturais.

Também participaram do anúncio o secretário-executivo do Ministério do Meio Ambiente, Francisco Gaetani, e a presidenta do Jardim Botânico, Samyra Crespo.

Já o jornal Folha de São Paulo, em sua edição eletrônica de 07/05/2013, assim noticiou os fatos¹⁴⁹:

Apenas 101 famílias da rua Dona Castorina ficaram de fora da delimitação. A ministra do Meio Ambiente Izabella Teixeira afirmou que o próximo passo é recadastrar em 30 dias todos os moradores que estão dentro desse perímetro. Ela não disse, porém, para onde essas pessoas serão realocadas, nem estipulou um prazo para isso.

¹⁴⁹ Disponível em [http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/05/1274646-familias-serao-removidas-do-jardim-botanico-no-rio-afirma-ministra.shtml]. Acesso em 07.06.2013.

A ministra alega que cerca de 200 famílias teriam que ser removidas do Jardim Botânico porque moram em "área de risco". Ela diz que pessoas de alto poder aquisitivo também invadiram a área delimitada e terão que deixar o lugar. Izabella Teixeira afirma que ainda pretende negociar com cerca de 12 proprietários um terreno de Mata Atlântica com 6 hectares, atrás do morro da Gávea, para ampliar o espaço do parque em até 138,5 hectares. Ela diz que dois desses proprietários já aceitaram doar uma parte da floresta ao governo federal.

"Toda ocupação dentro do perímetro será retirada. Não é uma limpeza social porque essas pessoas não serão jogadas na rua", afirmou em entrevista à imprensa o chefe da Advocacia-Geral da União, ministro Luís Inácio Adams.

De acordo com Izabella Teixeira, o novo perímetro cria as condições para que o Jardim Botânico torne-se um centro de referência da Mata Atlântica e da Biodiversidade brasileira. "Ao identificar este perímetro, o governo federal cumpre seu compromisso em preservar o Meio Ambiente e o desenvolvimento científico", disse.

O Ministério do Meio Ambiente organiza no final da tarde desta terça-feira, às 18h, uma reunião com os moradores da área delimitada, na localidade conhecida como Caxinguelê, no Horto.

"Pedimos que esses moradores tenham tranquilidade porque nenhuma medida será tomada do dia para a noite. O importante é que eles busquem conversar com os representantes do governo federal para que seja realizado novo cadastramento. O último cadastro que temos é de 2010", disse Cassandra Nunes, da Secretaria de Patrimônio da União.

Enquanto a ministra concedia entrevista à imprensa no Museu do Meio Ambiente do Jardim Botânico, no final da manhã de hoje, cerca de 150 moradores do Horto protestavam contra as possíveis remoções do parque. Com faixas e um carro de som, eles gritavam palavras de ordem contra a retirada.

"Querem colocar a gente num abrigo público. Isso não é justo. Tem pessoas morando aqui há mais de 80 anos, antes do tombamento do parque", disse o morador Samuel Silva Filho, 59, à Folha.

O Jardim Botânico possui dois tombamentos federais, um do parque de 1938 e outro do horto florestal dos anos 60. O perímetro do espaço foi identificado depois de análises do Iphan (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), do Ministério do Meio Ambiente, da Secretaria do Patrimônio e da AGU (Advocacia Geral da União).

A AGU afirmou que entregou hoje a identificação do perímetro do Jardim Botânico - em cumprimento da determinação do TCU (Tribunal de Contas da União). Nos próximos dias iniciará o registro dessa delimitação em cartório.

Assim sendo, eis, em mapa (5), a configuração da área levando-se em conta o último plano apresentado pelo governo federal em 07/05/2013:



Mapa 5 – Configuração da área a partir de proposta anunciada em entrevista coletiva pelo governo, em 07/05/2013. Note-se que somente as estruturas em azul permanecem com o novo projeto (FONTE: globo.com).

Nessa nova configuração, somente 101 famílias cujas moradias encontram-se localizadas no Setor Dona Castorina (acima da Rua Pacheco Leão) poderiam permanecer em suas casas. Note-se que a decisão anunciada pelo governo desconsiderou os diversos estudos técnicos realizados no âmbito do serviço público e os entendimentos firmados pelos atores participantes da CCAF.

Ou seja, no presente caso, a política pública foi abruptamente alterada em razão do efeito catalisador decorrente da decisão proferida TCU. Vejamos, pois, voltando os olhos para os discursos e argumentos sobre a questão, como essa interação entre os multi-interesses compromete sobremaneira as tentativas de articulação institucional para a produção de uma política pública apta a enfrentar de modo coerente e eficiente o problema.

2.2. Os discursos nos processos

A compreensão do fenômeno social inerente à ocupação dessas áreas e das políticas públicas entabuladas para a solução do problema passa pela investigação acerca da participação de cada ator envolvido, seus discursos e argumentos desenvolvidos para sustentar uma ou outra posição quanto à permanência ou não das moradias na região. As ações de cada

ator e a interação mútua de suas práticas constituem importantes variáveis para a avaliação das políticas formatadas para a comunidade local.

Como dito alhures, a permanência das moradias na área em que se desenvolveu a comunidade do Horto começou a sofrer sensível resistência a partir da década de 1980, materializada pela propositura de diversas ações judiciais. À luz do novo paradigma de gestão de imóveis pertencentes à União, nos últimos anos, diversamente, a SPU adotou postura administrativa tendente a promover o reconhecimento formal das ocupações existentes no local, propondo sistematicamente a regularização fundiária das moradias, posição que tem encontrado significativas resistências de diversos atores que integram esse complexo processo de relações sócio-institucionais e influem diretamente nas diretrizes e implementação de políticas públicas pensadas para a região.

Deve-se destacar que até março de 2013 nenhuma ordem judicial de reintegração de posse formalmente deferida pelo Judiciário chegou a ser efetivamente cumprida¹⁵⁰. A maioria dos processos judiciais de reintegração de posse ainda se encontra com a suspensão do seu curso deferida ou com o andamento sobrestado, em virtude de pedidos aviados pela Advocacia-Geral da União, que solicita a paralisação dos trâmites em virtude da instauração de Câmara de Conciliação e Arbitragem que visa a buscar solução para o problema internamente (dentro da própria Administração Pública), priorizando o diálogo entre os órgãos públicos envolvidos.

Prudente mencionar que no ano de 2005 tentou-se executar ordem judicial de reintegração de posse contra ocupação individual, o que ocasionou forte resistência coletiva dos moradores. Narra-se o acontecido a partir dos dizeres constantes de artigo do presidente do IJBRJ, publicado na imprensa¹⁵¹:

(...) na ocasião, os moradores resistiram à ordem judicial. A polícia, convocada pela Justiça para assegurar a reintegração de posse, recuou após enfrentamento com os ocupantes (...). O incidente, em 7 de junho passado, contou com a intervenção de profissionais ligados à defesa dos direitos humanos. Ao fim do dia, o juiz da 17ª Vara Federal revogou a ordem de reintegração, evitando um confronto de conseqüências imprevisíveis.

¹⁵⁰ Há notícia do cumprimento de ordem judicial de reintegração de posse em 04/04/2013, em que quatro famílias foram retiradas de suas residências localizadas no setor “Grotão”, conforme notícia publicada pelo jornal Correio Braziliense, em 04/04/2013. Disponível na internet em [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2013/04/04/interna_brasil,358620/familias-aceitam-sair-de-terreno-da-uniao-ao-lado-do-jardim-botanico-no-rio.shtml]

¹⁵¹ VIEIRA, Liszt. *Jardim Botânico: O interesse público*. In: Jornal O Globo, 19/07/2008. Disponível na Internet em [www.jbrj.gov.br/materias/20_07_2005.htm]. Acesso em 04.02.2012

Atualmente, em razão de inúmeros componentes da realidade, produzidos com a aglomeração de moradias na localidade, as habitações apresentam uma significativa diversidade de situações relacionadas às suas condições ambientais e urbanísticas que foram produzidas ao longo do tempo.

Nesse passo, propomos a esta altura uma análise crítica que busca especialmente dimensionar em que medida a judicialização do problema, ao longo dos anos, influenciou o comportamento da Administração na entabulação das políticas públicas adotadas para a região e seus reflexos e resultados para a comunidade, em cada dado momento histórico, ora norteadas pela visão liberal tradicional protetiva da propriedade, ora pelo protecionismo conferido aos vulneráveis (em que se elegeu a função social da propriedade como prioridade política para a resolução de conflitos), tudo isso dentro do contexto de preservação do meio ambiente, de expansão da botânica, de preservação do patrimônio histórico e cultural a que estão afetas as áreas em comento, bem como da mudança paradigmática relativa à gestão dos imóveis da União.

Lançaremos mão de análise dos principais argumentos delineados em três processos judiciais que tramitam na Justiça Federal do Rio de Janeiro, entabulados por representantes da União, do Ministério Público Federal, do Estado-Juiz e das partes rés, no tocante à manutenção ou não das ocupações de imóveis, todos situados dentro dos limites da propriedade da União, na Rua Pacheco Leão. O objetivo é traçar uma análise crítica acerca da argumentação e teses delineadas por cada sujeito do processo judicial.

Ressalte-se que nossa análise não tem qualquer preocupação com a apresentação ordenada de acordo com a forma processual utilizada para carrear as argumentações (petição inicial, contestação, pareceres, sentença, recursos, acórdãos), já que os fundamentos delineados praticamente se repetem nas sucessivas manifestações de cada ator envolvido e a sua ordenação segundo a ordem de instrução processual não traria quaisquer contribuições significativas ao método ora proposto.

2.3. Processo n. 2005.51.01.008835-7: Ação de reintegração de posse ajuizada pela União

Em seus pedidos, a União sustentou, em síntese, (a) que a ré não é servidora pública e reside no local sem o consentimento da administração do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico; (b) que o imóvel ocupado possui natureza de bem público federal de uso especial, e nele está instalado estabelecimento público destinado à pesquisa e à conservação da natureza; (c) que a ocupação da área pela família da ré vem causando a destruição dos recursos naturais

e o inadequado uso do solo, o que constituiria risco à integridade e à sobrevivência do “conjunto Jardim Botânico”.

Já as peças de resistência aviadas pela ré esclarecem que sua ocupação decorre da condição de viúva de ex-prestador de serviços ao Jardim Botânico a quem, em setembro de 1979, foi oferecido o imóvel (pela própria administração do Jardim) para moradia e de sua família. Sustenta que reside no imóvel desde então, atualmente com seus sete filhos e dois netos menores de idade.

Alegou a “supremacia do seu direito à moradia sobre o direito de propriedade da União”, invocando os novos mecanismos de destinação presentes na legislação para embasar a regularização de sua ocupação, mencionando expressamente a concessão de uso especial para fins de moradia. Informou que naquele mesmo local “moram mais de 150 famílias, sendo que a maioria (senão todas) de ex-funcionários ou familiares de ex-funcionários do Jardim Botânico”. Formulou pedido eventual, em caso de procedência da ação, no sentido de que fosse mantida na posse do imóvel até que o poder público providencie novo local para estabelecimento da residência de sua família.

O Ministério Público Federal, atuando na condição de *custus legis*, emitiu opinativos pela procedência do pedido inicial, sustentando a ocorrência dos requisitos necessários para a reintegração de posse: o esbulho e a perda da posse pela União, alcunhada como incontroversa proprietária do bem. Sustentou que a

(...) área em litígio localiza-se no Jardim Botânico do Rio de Janeiro, área de preservação ambiental de propriedade federal. Portanto, a ocupação da área pela ré é irregular. Assim, não há que se falar em posse da ré, diante do princípio da indisponibilidade e da imprescritibilidade aquisitiva dos bens públicos, sendo certo que a ré exercia mera detenção do bem.

Apoiado em entendimentos tradicionalmente adotados pelo Judiciário quanto à matéria, rechaçou os argumentos levados ao processo pela ré, afirmando, que seu falecido marido ocupava o imóvel “em razão dos serviços prestados ao Jardim Botânico, por permissão da União, proprietária do bem. Tal ocupação, porém decorria unicamente do trabalho prestado por ele, sendo de natureza precária e revogável a qualquer tempo pela Administração”, de modo que, com o seu falecimento, “cessaram as razões para a moradia no local, não havendo qualquer irregularidade na atuação da União ao requerer a desocupação do imóvel”. Sustentou, assim, que restava ao particular a obrigação em restituir o bem. Quanto ao direito de moradia invocado pela ré, o MPF assim rebateu:

em matéria envolvendo a realização de serviço público de tamanha relevância, atinente ao meio ambiente saudável e de interesse da humanidade, o direito à moradia alegado em contestação não deve prevalecer mormente por se tratar também de área de preservação permanente, que deve exercer sua função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas.

O Estado-Juiz manifestou-se pelo provimento do pleito da União, fundamentando suas decisões nos tradicionais entendimentos sobre a matéria. Diz o voto condutor da decisão de segunda instância: “sobre o tema, consolidou-se entendimento jurisprudencial no sentido de que a ocupação irregular de bem público não caracteriza posse, mas sim, mera detenção, o que não gera efeitos possessórios”. Na mesma esteira, a decisão judicial de primeiro grau sacramenta:

indiferente que a ré resida no imóvel há mais de vinte e seis anos, pois, quer de acordo com a súmula 340 do Supremo Tribunal Federal , quer de acordo com o art. 200 do Decreto-lei n. 9760/46 , quer de acordo com o art. 102 do Código Civil , quer, ainda, de acordo com a própria Constituição Federal, em seu art. 183, §3º , o bem ocupado não é suscetível de aquisição por usucapião. Frise-se que a ocupação irregular de bem público não caracteriza posse, ou, em outras palavras, mera detenção, que não gera efeitos possessórios (cf. artigos 99, 100 e 1223 do Código Civil de 2002, e, com ampla explicação cf. RDA 175/158 ou, para citar julgado mais recente, cf. RT 770/258).

Imperioso destacar, ainda, no voto condutor da decisão de segunda instância, trecho que demonstra o raciocínio construído para afastar a aplicabilidade (ou reconhecimento) do direito à moradia no caso concreto:

(...) ressalte-se que a Constituição, ao estabelecer o direito à moradia, é num contexto de busca da efetivação desse e de outros direitos sociais, através de programas próprios que possibilitem o acesso de todos os cidadãos aos bens essenciais à qualidade de vida. Entretanto, isso não dá ensejo a que seja mantida a ocupação irregular de um bem público, principalmente, considerando-se que o Jardim Botânico do Rio de Janeiro, além de ser uma área de preservação ambiental, é também um bem de uso comum do povo, devendo ser preservada a sua finalidade, que não é residencial. (...) Quanto ao pedido formulado na contestação de que seja conferido à ré/apelante o título de concessão de uso especial para fins de moradia, não merece acolhida. Os arts. 15 a 20 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que tratavam sobre a concessão de uso foram vetados pelo Presidente da República. A Medida Provisória nº 2.220/2001 não estabelece a possibilidade de concessão de uso de qualquer área pública, em especial àquelas destinadas a um fim específico como o Instituto de Pesquisas Jardim Botânico. Além disso, nela há uma série de requisitos, dentre os quais, o primeiro é que a ocupação do bem seja ‘sem oposição’, o que não se verifica, in casu”.

Mesmo com todo o desenho da argumentação técnico-jurídica uniformemente adotada pelos atores institucionais neste processo, chama atenção a ressalva feita pela juíza de primeira instância na parte final de sua sentença, nos seguintes termos:

Registro que tenho conhecimento de que a União está em tratativas com alguns ocupantes a fim de celebrar transação sobre o objeto desta demanda. Dessa forma, considerando que o acordo sempre é a melhor solução para o conflito uma vez que ele decorre da vontade das partes envolvidas e não do Estado-Juiz distante do conflito, poderá a União não executar este título. Em caso de acordo a homologação judicial substitui o presente título para todos os fins de direito. Registro, no entanto, que nestes autos não houve qualquer requerimento de suspensão do processo para negociação, de modo que se prosseguiu com a demanda.

Como se percebe, o Judiciário e a própria União adotam discurso uniforme quanto ao direito empregado no caso concreto, atestando-se a impossibilidade de a ré permanecer ocupando o local. Tem-se o estabelecimento de um conflito de direitos, em que a supremacia do interesse público na preservação do meio ambiente (de maneira geral) é invocada como *supedâneo* para afastar o direito de moradia eventualmente titularizado pela ré.

Também são invocadas clássicas e tradicionais lições do direito civil e da jurisprudência brasileira em relação à impossibilidade de serem reconhecidos efeitos possessórios decorrentes da ocupação da ré, uma vez que se trata de bem público que só pode ser objeto de mera detenção e que não pode ser usucapido.

Trata-se de argumentos de autoridade, distantes do real problema e que, de fato, ignoram não só os novos paradigmas de gestão de imóveis da União, mas também importantes alterações legislativas operadas no início do século 21, assim como os próprios pedidos da autora, que em momento algum requer a aquisição de propriedade da área (usucapião), mas apenas o reconhecimento por parte do Estado em relação ao seu direito de moradia. Para tanto, até formulou pedido eventual no sentido de realocação de sua habitação.

O raciocínio argumentativo desenvolvido no processo quanto à preservação ambiental também encontra fragilidades ao ser contrastado com fatores da realidade local, dos quais se menciona especialmente, dentre outros e a título de exemplo, a ocupação de grande edifício pelo SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados, empresa pública federal¹⁵² fixada no local desde 1967, com a circulação diária de centenas de veículos (inclusive voltados ao transporte coletivo regular) e pessoas, bem como o funcionamento do Espaço Cultural Tom Jobim¹⁵³, que frequentemente sedia eventos culturais e sociais que atraem

¹⁵² Criada pela Lei nº 4.516, de 01º de dezembro de 1964.

¹⁵³ Inaugurado em 2003, o Espaço Tom Jobim – Cultura e Meio Ambiente está instalado em antigas construções do Instituto de Pesquisa Jardim Botânico do Rio de Janeiro e conta com “a Casa do Acervo, o Galpão das Artes e

diversas pessoas ao local e as consequências danosas ao meio ambiente advindas dessa circulação de pessoas e veículos.

Por derradeiro, digno de se registrar que a juíza prolatora da sentença, ainda que tenha adotado um discurso tradicional para dizer o direito e mesmo sem ter sido formalmente provocada, em nítida demonstração de sensibilidade quanto às políticas públicas pensadas para o local, acabou por atestar a complexidade da questão fundiária das habitações inseridas na área do Jardim Botânico, tendo assim facultado à União a possibilidade de não executar os comandos da sentença. Tal fato reflete o reconhecimento do Judiciário (que em regra tem atuação formalista) em face das dificuldades enfrentadas pela administração pública em lidar com os complexos fatores que norteiam o problema.

2.4. Processo n. 2003.51.01.027485-5: Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal

Nesta ação judicial a Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro pede ao Judiciário a condenação de um único morador a reparar o dano causado ao meio ambiente, pretendendo a demolição de sua residência e a “recuperação da área degradada, sob a supervisão do IBAMA, do IPHAN e do Instituto Jardim Botânico”.

Também requereu o *parquet* que o processado pague indenização pelos danos ambientais causados à área de preservação ambiental de vegetação nativa. Como fundamento de seus pedidos, o órgão alega que o réu ocupa irregularmente área de proteção ambiental e cultural, sem as devidas autorizações, o que causaria impactos negativos sobre a fauna e a flora preservadas, apontando o art. 225, §1º, I, da Constituição da República como supedâneo de suas alegações, já que impõe “ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Concretamente, narra-se que o réu teria praticado atividade degradadora consistente na supressão de vegetação no local para a construção de edificação em sua residência.

A defesa do réu negou integralmente os fatos, sustentando que as fotos anexadas à petição inicial diziam respeito a outro imóvel, que não o ocupado pelo réu. Imputou danos ambientais à administração do próprio Instituto Jardim Botânico, que “na área construiu

o Teatro, no qual são apresentados shows e espetáculos, com capacidade para até 500 pessoas. A casa leva o nome do maestro por ser ele um dos maiores propagadores do Jardim Botânico. O Espaço Tom Jobim promove ainda diversos eventos culturais, como os Sábados Musicais e o Projeto Quatro Estações – este último com uma apresentação a cada início de estação do ano”. Relatório de internet disponível em [<http://rioshow.oglobo.globo.com/musica/estabelecimentos/espaco-tom-jobim-275.aspx>]. Acesso em 07.02.2012.

estacionamento, permitiu a alocação de antena de telefonia celular, além de promover o corte de árvores centenárias”. Sustentou que é servidor aposentado do Instituto de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e que residia no imóvel há 78 anos, tendo sido autorizado pelo Ministério da Agricultura. Ponderou que sua residência não fica dentro da área de visitação do Jardim Botânico, mas sim no Horto Florestal. Invocou a situação fática relativa à área no entorno de sua residência, afirmando que “na mesma área há o SERPRO, a LIGHT, o Clube de Engenheiros e uma escola pública, o que evidencia a urbanização do local”.

Informe-se que, a pedido do MPF, foram intimados IBAMA, IPHAN, União e Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, tendo os dois últimos manifestado interesse em ingressar no pólo ativo da ação, o que foi indeferido na sentença por um óbice de natureza processual assim apontado no despacho judicial:

inicialmente, inadmito o ingresso da União Federal e do Instituto de Pesquisas jardim Botânico – JBRJ no feito. Isso porque, tal pleito não se justifica na atual fase processual, quando já citado o réu, encontrando-se o processo apto a receber sentença. Sem dúvida, o ingresso pretendido, na presente fase, acarretaria retrocesso ou tumulto processual, o que não se pode admitir.

Embora sua participação formal enquanto sujeito-parte do processo judicial tenha sido negada, não se pode deixar de trazer à lume a postura adotada pelo Instituto Jardim Botânico, destacando-se este trecho de sua manifestação levada ao processo:

o imóvel sub-judice encontra-se exatamente ao lado do herbário do JBRJ e da área de pesquisa do instituto, sendo área natural de expansão e pesquisa. Atualmente as atividades da Botânica Sistemática são realizadas em contêineres por total falta de espaço. E, o imóvel, sito à (...) encontra-se exatamente ao lado destas atividades. Da mesma forma a nova biblioteca do JBRJ também não tem onde se instalar por falta de espaço, e o imóvel seria um excelente lugar para tal. Ou seja, a ré desta ação reside ilegalmente nesta localização que é uma das mais privilegiadas do Rio de Janeiro com alto valor de mercado e a cidade do Rio de Janeiro está privada de uma nova biblioteca. O JBRJ que é a instituição de pesquisa mais antiga do Brasil tem de colocar suas espécies em estudo dentro de um contêiner porque não tem onde colocar.

Os pedidos deduzidos pelo Ministério Público não foram acolhidos e alguns deles sequer apreciados pelo Judiciário, tendo sido extinto o processo sem julgamento de mérito com relação aos pleitos de desocupação e demolição do imóvel e julgados improcedentes os pedidos decorrentes da reparação do dano ambiental. Não obstante a inadequação da via processual eleita pelo autor, a sentença de primeiro grau traz trechos particularmente interessantes:

constata-se (...) que o imóvel em questão foi objeto de ação de reintegração de posse, proposta pela União Federal, tendo sido julgado parcialmente procedente o pedido formulado naqueles autos (processo n. 00.0922893-4), concedendo-se a reintegração de posse em favor da União, após a indenização das respectivas benfeitorias. (...) No que concerne ao pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos ambientais (...), bem como de recuperação da área degradada, a improcedência se impõe (...) Nenhum dos documentos que instruíram a inicial se referem ao imóvel ocupado pelo réu (...) o autor juntou cópia de fotografias de algumas edificações, dentre as quais não consta indicação da casa do réu. Frise-se que, em relação à introdução de animais na área do Jardim Botânico (...) o autor não apontou a prática de tal ato especificamente quanto ao réu, limitando-se a narrar, de forma genérica, os danos causados pela ocupação de casas na área do JBRJ, dentre as quais, a ação de animais domésticos (cachorro e gato) que atacam a fauna nativa; não houve portanto, qualquer alegação de que o réu mantém animais domésticos, que estariam impactando negativamente a fauna do Jardim Botânico. Assim, a despeito das alegações do autor, não restou comprovada qualquer conduta do réu no sentido de provocar danos ao meio ambiente, sendo certo que a construção de sua moradia, e isso ninguém controverteu, foi autorizada pela Administração. Em tal contexto, se considerada agressão ao meio ambiente a própria construção, a responsabilidade por tal ato deve ser atribuída à Administração.

Percebe-se, neste processo, que o autor da ação, utilizou-se do argumento da ocorrência de dano ambiental para alcançar os mesmos fins que teria uma ação possessória regular (aliás, o próprio réu inclui-se dentre os processados pela União na década de 1980), ou seja, a retirada da moradia do local.

Condutas genéricas danosas ao meio ambiente foram imputadas ao réu, mas nenhuma delas foi devidamente individualizada, tendo o magistrado prolator da sentença registrado que a construção da moradia, que foi autorizada pelo próprio poder público, poderia ser enquadrada, em tese, como danosa ao meio ambiente, mas a responsabilização por tal dano só poderia residir na pessoa que outorgou referida autorização: a própria Administração.

2.5. Processo n. 00.0932754-1: o Caso Gracinda – ação de reintegração de posse ajuizada pela União

Nesta ação, sob o mesmo pálio argumentativo das ações possessórias então ajuizadas na década de 1980, a União obteve pronunciamento judicial favorável à reintegração de sua posse no imóvel situado à Rua Pacheco Leão 1.235, casa 124, ocupado pela Sra. Gracinda dos Santos da Silva e sua família. Por longos anos e depois de percorridas diversas instâncias judiciais, apesar do reconhecimento formal por parte do Estado-Juiz em relação aos direitos da União com o trânsito em julgado da sentença, não houve o cumprimento e a execução da ordem judicial, tendo permanecido a ré com sua família em sua moradia erguida há cerca de sete décadas na comunidade do Horto.

Já no ano de 2010, ao apreciar pedido de suspensão do processo formalizado pela Advocacia-Geral da União sob a justificativa de que a questão se encontrava pendente de resolução administrativa no âmbito interno da União, seus órgãos e autarquias, o Juízo, assumindo postura jurídico-formalista perante os complexos problemas e conflitos fundiários na área, exarou a seguinte ordem:

trata-se de decisão transitada em julgado, mantida pelo STJ, determinando a reintegração de posse de bem público, pelo que não cabe ao órgão administrativo dispor do direito concedido. Sendo assim, em cumprimento ao acórdão supracitado, expeça-se o competente mandado de reintegração de posse em favor da União Federal, do imóvel localizado à Rua Pacheco Leão (...) Estrada do Grotão (...) Jardim Botânico, Rio de Janeiro (...) devendo o Oficial de Justiça, em caso de resistência, certificar o ocorrido”.

Deve-se salientar que o próprio Instituto Jardim Botânico manifestou-se formalmente no processo judicial, aduzindo o seu desinteresse no cumprimento da ordem judicial de reintegração, naquela dada ocasião.

Em momento seguinte, diante de novo pedido apresentado pela União visando a não execução da ordem de reintegração emitida, o julgador de primeira instância tornou a se manifestar, renovando a necessidade de execução da decisão anteriormente exarada e determinando seu cumprimento, desta feita impondo a aplicação multa pessoal diária de dois mil reais ao chefe da Procuradoria-Regional da União da 2ª região e à Superintendente do Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro, em caso de descumprimento do comando judicial.

Diante da nova ordem judicial proferida, a União, por sua Advocacia-Geral, apresentou recurso ao Tribunal Regional Federal da 2ª região, procurando principalmente desconstituir a multa pessoal aplicada aos seus agentes e levar ao Judiciário a nova percepção do órgão gestor do patrimônio em relação à questão fundiária do Jardim Botânico do Rio de Janeiro. Chama a atenção a linha desenvolvida pela AGU em sua peça recursal:

não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito das políticas públicas de regularização fundiária levadas a efeito por ato da Secretaria do Patrimônio da União. Esse órgão optou por não mais prosseguir com todas as ações de reintegração de posse dos imóveis situados no Jardim Botânico, com exceção daquelas nas quais se discute eventual indenização por benfeitorias. (...) O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão enxerga na concessão de uso de imóveis federais um instrumento para erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (...). Existe a possibilidade de ser outorgada à agravada Título de Concessão de Direito Real de Uso para fins de moradia, na forma como estabelecido nos arts. 7º do Decreto-Lei 271/1967 e 18, §§ 1º e 6º, I da Lei 9.636/1998 (...). Assim, decisão da SPU no sentido de deixar de dar cumprimento à sentença de reintegração de posse referente ao imóvel ocupado representa o legítimo exercício de uma

competência constitucional, a qual não cabe ao Judiciário adentrar (...). A proposta de regularização fundiária levada a efeito através da SPU não caracteriza ato de disposição do patrimônio federal, na medida em que a agravante preserva consigo os poderes de gozar, dispor e reivindicar o bem, recebendo a agravada tão-somente o Direito Real de Uso Resolúvel do Imóvel.

A União não obteve sucesso imediato no pleito levado à instância seguinte, visto que a liminar pedida no recurso por ela apresentada foi indeferida. Desse modo, em virtude dos sucessivos fracassos da União em demover o Judiciário de executar sua ordem, na iminência da execução do comando judicial de reintegração, em razão do iminente risco de retirada da moradora do local e da repetição dos conflitos havidos em 2005, a SPU no Rio de Janeiro, adotando postura independente e desvinculada do Judiciário, resolveu lavrar contrato de concessão de direito real de uso em nome da ré, fundamentando a prática desse ato administrativo no art. 18, II e §1º, da Lei 9.636/98 em cumulação com o art. 7º do Decreto-Lei 271/67.

De posse deste novo instrumento jurídico, a ordem judicial de retirada não obteve a concretude desejada pelo Juízo prolator e a ré, de uma forma ou de outra, permanece em sua residência localizada em propriedade pública da União, desta feita sob o manto do reconhecimento formal de sua ocupação, ao menos por parte da administração pública.

Neste processo, percebe-se não só uma compreensão inadequada sobre o novo paradigma conferido à gestão do patrimônio da União em relação ao trato de ocupações de moradias nessas áreas pertencentes ao ente federal, mas também um completo desprestígio às políticas públicas voltadas à consecução do direito à moradia, que nem chegou a ser objeto de debate jurídico no processo.

Noutro passo, nota-se que o magistrado, diferentemente do que ocorreu na maioria das ações judiciais que foram suspensas a pedido da União, ignorou as tratativas administrativas voltadas para a solução do problema e os próprios pedidos formulados pela autora União nesse sentido. Pode-se concluir que o Judiciário, neste caso específico, tentou levar às últimas consequências posição legalista e dogmática (que já se demonstrou insuficiente e inadequada para resolver os conflitos fundiários do Jardim Botânico), insistindo na reintegração de posse que já não era mais aspirada pela autora da ação judicial.

2.6. O Caso Gracinda no Tribunal de Contas da União

O processo judicial que aqui denominamos de “caso Gracinda”, pode ter sua análise iniciada a partir de uma ordem judicial emitida em ação de reintegração de posse no ano de

2009, que determinou a retirada de moradora idosa – com 96 anos de idade e de baixa renda – da residência em que vivia há mais de sete décadas com a sua família. Como visto, mesmo intimada na condição de representante legal da União para promover execução dessa ordem judicial, a Superintendente do Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro, em razão do iminente risco de repetição dos conflitos havidos em 2005, lavrou contrato de concessão de direito real de uso, invocando o direito à moradia titularizado pela idosa/ré.

Este caso, mediante denúncia anônima, deu ensejo à instauração de procedimento de controle pelo Tribunal de Contas da União, para averiguação do comportamento dos administradores públicos no caso concreto. Seguindo a tradição de sua atuação, o TCU ampliou o objeto de sua *investigação* e passou a focar no exame de todo o problema da Comunidade do Horto, tendo proferido, em setembro de 2012, decisão sobre todo o caso¹⁵⁴, cujos votos mais adiante passaremos a analisar.

Importante frisar que o problema já havia sido submetido, tempos atrás, ao crivo do TCU, em fevereiro de 2001, quando a sua 2ª Câmara determinou ao Instituto Jardim Botânico a adoção de medidas para a correção e a prevenção de novas invasões de imóveis nos limites do patrimônio da União pelo qual é responsável. Como se observa da contextualização dos fatos a que procedemos alhures, a decisão da Corte de Contas do início da década não surtiu os efeitos práticos esperados, uma vez que novas ocupações foram constatadas ao longo da década de 2000.

Pois bem. Na sua mais recente decisão, o TCU produziu extenso relatório de levantamento, com minuciosa descrição das circunstâncias que envolvem o caso do Jardim. Deve-se repisar que o papel do TCU, à luz do art. 71 da Constituição Federal, visa à fiscalização quanto à legalidade dos atos administrativos praticados pelos órgãos e entidades públicas envolvidas na questão, bem como eventual aplicação de sanção aos gestores públicos responsáveis.

Para os fins pretendidos em nossa pesquisa, os pontos principais abordados pelo TCU residem nas circunstâncias em torno da legalidade do contrato de concessão de direito real de uso lavrado em favor de Gracinda e dos aspectos inerentes à abrangência do tombamento do Jardim. Logo no início do relatório, nota-se a premissa sobre a qual parte a linha argumentativa desenvolvida pelo TCU:

¹⁵⁴ Tribunal de Contas da União. *Acórdão n 2380/2012 – Plenário*. Processo: TC 030.186/2010-2. Disponível em [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/030.186-2010-2%20Jardim%20Bot%C3%A2nico.pdf]. Acesso em 22.09.2012.

(...) a necessária expansão do Arboreto do JBRJ é extremamente prejudicada por ocupações indevidas feitas por pessoas físicas e jurídicas naquele Jardim com relevante degradação ambiental, com descumprimento da legislação sobre tombamento, e é agravada por atuações aparentemente ilegais de alguns gestores tendentes à formalização de regularização fundiária de interesse social nesta área sem o devido amparo legal.

Os auditores opinam que a tentativa da SPU em promover regularização fundiária na área interna do Jardim Botânico não tem base legal. Segundo manifestação do tribunal, somente o setor Dona Castorina estaria localizado fora do polígono de tombamento do Jardim. Contudo, o próprio Instituto Jardim Botânico, na sua condição de autarquia, até o presente momento, não definiu nem apontou concretamente quais seriam as suas reais necessidades de expansão, ou seja, quais equipamentos pretende estruturar no local.

No que pertine ao tombamento, curioso é que não há certeza da Administração Pública quanto aos seus exatos limites. Constatamos manifestações imprecisas e contraditórias no bojo da documentação acostada ao processo administrativo n. 00405.008207/2010-50 (nosso objeto de estudo) e no próprio relatório de levantamento produzido pelo TCU. A SPU alega que o IPHAN não qualificou a área do Jardim e adjacências como integralmente abrangida pelos tombamentos. O TCU admite que a alegação da SPU é verdadeira, mas a rechaça, sob o seguinte argumento:

A interpretação histórica dos processos correlatos desse Instituto deixa claro que os tombamentos do Jardim Botânico e do Horto Florestal objetivam proteger a integridade dos seus territórios contíguos, abrangendo sem sombra de dúvida todas as suas respectivas áreas que lhe pertencem historicamente (vide peça 23, doc 45.343.178-9, e peça 24, doc 45.343.183-3).

O IPHAN reforçou este seu entendimento na ata de 7/2/2011 da Câmara de conciliação e arbitragem da administração federal, trazida aos autos por cópia pela própria defendente: ‘O Superintendente Regional do IPHAN informou que, dentro da área administrada pelo Jardim Botânico, são tombados: a) o acervo científico e paisagístico (...); b) construções específicas; c) sítios arqueológicos’. No que diz respeito às ocupações existentes na área, o IPHAN opina que as áreas acima da margem esquerda do Rio dos Macacos estão incorporadas ao conjunto urbano externo aos limites do Jardim Botânico e a regularização dessas áreas não afetaria o conjunto paisagístico do parque. Entretanto, a área no entorno do Solar da Imperatriz, bem como os núcleos do Grotão, Caxinguelê e Margaridas que conectam o horto ao arboreto não deveriam ser regularizadas por serem áreas relacionadas às atividades essenciais do Jardim Botânico, impactando indevidamente na paisagem do conjunto. (peça 82, doc 46.364.845-0, p. 22).

Como se vê, a Corte de Contas utiliza-se de “interpretação histórica” para sustentar a abrangência integral do tombamento. Certo é que o procedimento para o tombamento, especialmente aquele tocado no final da década de 1960, visava a impedir que parte da área fosse destinada à construção de grande empreendimento imobiliário do então BNH; nada

falava acerca das simples habitações que já existiam no local, autorizadas pela própria autarquia. Note-se que o próprio relatório de levantamento indica a inexatidão relativa à abrangência do tombamento:

Um dos indícios de necessidade de atuação do TCU está no parecer, aprovado pelo Conselho Consultivo do Iphan, da lavra do Diretor do Museu Nacional Luiz Emygdio de Mello Filho (Ofício 28, de 31/12/1971 - vide peça 24, p. 16-20 e 35-47), que acolhe o seguinte entendimento do paisagista Roberto Burle-Marx escrito em 04/07/1969 para, baseado na avaliação de que ‘as próprias autoridades vêm desrespeitando a legislação’, requerer o tombamento do Horto Florestal”.

(...)

Pode-se considerar que, pela expressão “Jardim Botânico”, a autoridade administrativa, pretendeu colocar, sob proteção, a totalidade da área que recebe esse nome e, não apenas parte desse imóvel, onde se desenvolvem as atividades de proteção à flora.

Para tanto, poderia arguir-se o fato de que, caso houvesse ocorrido a segunda hipótese, ela seria especificamente declarada (...), mas, preferindo, pelo contrário, a expressão genérica “Jardim Botânico”, é de acreditar que o objeto de proteção não foram apenas os exemplares da flora ou a área em que se encontravam, mas o espaço total designado por aquela expressão, no falar comum da cidade.

O mesmo não se pode dizer em relação ao Horto Florestal, já que seu ato de proteção (...) foi redigido de modo mais apropriado, pois utilizou a expressão “conjunto paisagístico da área”, a qual, evidentemente, contém a totalidade da área do imóvel ocupado pelo Horto Florestal.

Relativamente a esse imóvel, pois, a extensão do ato de tombamento está caracterizada de melhor forma, mas seria interessante, porém, que a extensão da área tombada fosse também identificada com exatidão.

Tendo em vista a maneira como foi feito o tombamento do Jardim Botânico e do Horto Florestal, sem que a área de proteção haja sido devidamente delimitada, nem expressamente citados os demais elementos indispensáveis ao equilíbrio ecológico, é de todo interesse e importância que o Jardim Botânico solicite à Subsecretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional [SPHAN] a fixação, com maior precisão, da faixa tombada e de seus bens, de modo a evitar dúvidas e problemas futuros.

Nada obstante, a instituição do tombamento e a definição dos seus exatos limites constituem fatores fundamentais para nortear o desenho e a implementação das políticas públicas voltadas para a Comunidade do Horto diante da realidade vivida neste século 21.

Mas, para tanto, é preciso que outras questões sejam previamente resolvidas: a definição da área para expansão das atividades do Jardim e em que consistiriam as estruturas relativas a tal expansão, o registro imobiliário da área em nome da União, a formalização de entrega do terreno ao IPJBRJ. Somente assim é que o IPHAN, órgão legalmente responsável pela definição dos limites do tombamento, terá condições de proceder à sua tarefa. Como se

vê, a desarticulação dos diversos órgãos públicos, como apontamos no início do texto, contribui para a eternização dos debates em torno problema.

Com relação ao caso Gracinda, o relatório de levantamento elaborado pelo TCU apontou ilegalidade no contrato de CDRU lavrado pela SPU. Veja-se:

No caso concreto sob exame, não houve esse tratamento positivado, logo o administrador público não tem competência para agir dessa forma, portanto essa alegada excepcionalidade foi contrato administrativo ilegal e consequentemente nulo ‘ex tunc’ por falta de requisito essencial, conforme ordenado na Lei 9.784/1999, art. 53, parte inicial do caput (“A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade”), e na Lei 8.666/1993, art. 59, caput (“A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”). Contudo, como a jurisprudência desta Corte é tranquila no sentido de que, previamente à determinação para a rescisão de contratos administrativos ou de outros negócios jurídicos, deve ser dada a oportunidade do exercício do contraditório para aqueles que possam ser juridicamente afetados (vide § 3 do Voto ref. ao Acórdão 2245/2006 – Plenário), a anulação desse contrato de CDRU deve ser precedida de oitiva da pessoa que for potencialmente prejudicada por essa invalidação. Ao contrário do alegado, essa excepcionalidade não era a única alternativa possível, pois ela depende de prévia base legal para ser concretizada. Até o presente momento nem o RL nem outro documento do TCU acusou ter havido disposição do patrimônio público, logo não socorre a defendente alegar ter feito tão somente transferência do direito real de uso resolúvel. Por fim, apenas afirmar que cumpriu princípios e leis não socorre responsável flagrado no descumprimento de uns, de outros ou de ambos.

E o relatório ainda assevera:

Não cabe ao TCU ação destoante do respeito à coisa julgada, ainda mais considerando-se que ‘O juiz não deve ser mais clemente do que a lei’ (‘Judex non debet lege esse clementior’) e que ‘a lei é dura, mas é a lei’ (‘Dura lex sed lex’). Com efeito, Decisão Interlocutória do juízo da 27ª Vara Federal do Rio de Janeiro denegara pedido de suspensão do feito e determinara a expedição de mandado de Reintegração de Posse para o imóvel ocupado pela Sra. Gracinda Santos da Silva. Referida decisão impugnada apoiou-se no fato de que a União Federal sagrou-se vitoriosa no julgamento de Ação de Reintegração de Posse para esse imóvel, sendo defeso à SPU deixar de imitar a União na posse do bem, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público. Realmente, não há república efetiva sem a supremacia do interesse público, conforme ilustrado pela tela ‘Os litorais levam ao cônsul Brutus os corpos de seus filhos’, obra indicativa de que, como o bem público se sobrepõe ao privado, deve-se sacrificar as vantagens e até os afetos pessoais ao bem comum.

Normalmente a solução de conflitos entre direitos, entre princípios, ou entre ambos, se resolve pela identificação e pela priorização do atendimento do interesse público mais importante que for identificado no caso concreto.

Para o TCU, a partir de sua concepção dos contornos de interesse público, a resolução da questão não passa pela “soma dos interesses individuais de particulares desejosos de permanecer morando naquela área da Zona Sul carioca, que possui um dos metros quadrados

mais caros do país”, mas sim pela efetiva aplicação desse interesse público, que pressupõe uma tradicional técnica do direito denominada de “balanceamento de princípios”, a partir da qual prevaleceria o comando constitucional de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ou seja, define-se aquilo que seria mais caro à sociedade e aplica-se pela via da imposição da força estatal. Note-se que o fato de o local representar um dos metros quadrados mais caros do país, ainda que por vias transversas, constitui parte fundamental da argumentação do TCU. Por evidente, essa técnica de balanceamento não se coaduna para com as conformações de justiça que destacamos na segunda parte deste texto.

Aliás, falando sobre justiça e relacionando-a com a possibilidade ou não de tratamento diferenciado (ou individualizado) do caso das moradias da Comunidade do Horto, o relatório do TCU realiza os seguintes apontamentos doutrinários¹⁵⁵:

Em todo caso, qualquer previsão de exceção na lei há de atender aos requisitos de legitimidade reconhecidos pela doutrina: Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impede que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correção supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

E mais:

Conforme apontado em parte pela Enciclopédia Jurídica Soibelman, a Justiça é ilustrada milenarmente como uma deusa grega com uma venda nos olhos, que representa imparcialidade para dar o direito sem olhar a quem, com uma balança em uma mão, que representa o sopesar técnico das razões apresentadas, e com uma espada na outra, que representa a imperatividade das suas decisões. Assim, faz parte da missão do julgador assegurar-se de que a sua imparcialidade não seja afetada, nem mesmo pela condição socioeconômica de quem será beneficiado ou prejudicado pelos efeitos das suas decisões. Este preceito ético está refletido em leis no Brasil e no mundo, dentre as quais pode ser citado, por exemplo, o seguinte trecho da antiga legislação moisaca: "Não sereis injustos em vossos juízos: não favorecerás o pobre

¹⁵⁵ O texto do Relatório de Levantamento do TCU apresenta a seguinte referência: “MELLO, 2005, p. 41. [apud Martinez, Vinício C., “*Direitos e garantias individuais e homogêneas da inclusão social*”, in R. Trib. Reg. Trab. 14^a Reg., Porto Velho, v. 6, n. 2, p. 722-723, jul./dez. 2010, texto disponível em http://www.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_2010_n2.pdf]. Acesso em 10.8.2011”.

nem terás complacência com o grande; mas segundo a justiça julgarás o teu próximo. (Levítico 19,15).

Para o TCU, “não cabe ao juiz fazer acepção de pessoas quando a lei a ser aplicada não prevê tratamento diferenciado conforme características individuais, pois isso feriria os direitos fundamentais da igualdade entre as pessoas e da igualdade perante a lei”.

Ora, a própria legislação brasileira traz diferenciações essenciais para o resguardo da igualdade em casos como o do Jardim, elegendo o tempo de ocupação e a faixa de renda – para mencionar os dois principais – como critérios capazes de equilibrar as relações. É preciso ressaltar que as históricas tentativas de resolver o problema do entorno do Jardim, que sempre se balizaram em uma homogeneização dos interesses da comunidade que ali habita, mostraram-se instrumentalmente insuficientes ao longo dos anos.

No mais, quanto aos aspectos concretos do caso Gracinda, a Corte de Contas chegou a considerar (relatar) as suas especificidades, no entanto, rechaçou tais peculiaridades com típicos argumentos de autoridade, senão vejamos:

A fortiori, este Tribunal, por meio da Decisão 41/2000 - Primeira Câmara, mesmo considerando o disposto no art. 230 da Constituição Federal, fez prevalecer o entendimento de que uma pessoa, mesmo idosa e com necessidade econômica, não pode receber benefícios ilegais do Poder Público, ainda que seja para a concretização de um ou mais dos seus direitos e garantias fundamentais declarados pela Constituição Federal. Entre as razões preponderantes naquela apreciação, vê-se que ‘Não se questiona, absolutamente, o fato de alguém ajudar uma outra pessoa necessitada. Porém, deve-se ajudar a outrem dentro de um princípio legal e moral.

Não se pode fazê-lo à revelia da lei, da ordem jurídica em vigor (...)?.

Entretanto, o presente contrato de CDRU foi concretizado por meio das e com as irregularidades acima elencadas nos subitens do motivo de audiência sob análise. Como já visto, tais meios ilegítimos não são justificados pelos fins legítimos apresentados.

Enfim, dignidade da pessoa humana é fundamento da República, é princípio constitucional, e é direito fundamental, mas não pode ser obtida nem preservada com indignidades, ilegitimidades e ilegalidades tais como esbulho. Assim, quem faz esbulho, ainda que impróprio e involuntário, não age de modo digno e por isso não pode bem estar sobre o imóvel esbulhado, nem por decisão judicial, para que não fique caracterizado esbulho de juiz.

Nota-se que o TCU atesta a ocorrência de esbulho no caso concreto, lançando mão de brocardos jurídicos clássicos que protegem a posse ou que a proíbem a sua ocorrência em bens públicos. No entanto, levando-se em conta que se trata de moradia existente no local há mais de setenta anos, os aspectos objetivos concretos à época da “invasão” de Dona Gracinda ao local sequer foram levados em conta e nem foi realizado qualquer esforço do órgão nesse

sentido, o que leva a crer que, neste caso, o julgamento acabou por presumir a má-fé da moradora. Corroborando a existência dessa presunção, observe-se o que, mais adiante, assevera o relatório técnico do TCU:

não corresponde à verdade a afirmação de que há ‘ocupação consolidada há décadas no entorno da área do Jardim Botânico’. Na verdade, essa ocupação há décadas despreza e invade o tombado Jardim Botânico, logo essa invasão não merece prosperar sobre esse tombamento.

Chama atenção que as conclusões do relatório de levantamento foram tomadas mesmo sem a prévia definição quanto aos limites do tombamento e, outrossim, quanto às reais necessidades de expansão do Jardim para o desenvolvimento de suas atividades finalísticas.

No que respeita aos votos dos Ministros sobre o caso, dada a complexidade dos fatos, definiram-se apenas prazos e diligências administrativas, no âmbito de competência de cada órgão e entidade federais envolvidos, como medidas preparatórias (ou condicionantes) da implementação de solução – que ainda não se encontra delineada. Para o caso Gracinda, mesmo com todos os apontamentos dando conta da ilegalidade da medida tomada pela SPU, não houve aplicação de pena ao gestor, tampouco a decretação formal da nulidade do contrato lavrado. Ao contrário, a argumentação delineada pelo órgão gestor do patrimônio, dando conta da excepcionalidade do caso, foi integralmente acatada. Note-se o que diz trecho do voto condutor do acórdão lavrado pela corte de contas:

No entanto, procurando dar efetividade às novas ações que visem ao cumprimento da legislação que rege a matéria tratada nos autos, deve o Tribunal, com fulcro no art. 70, caput e 71, inciso IX, da Constituição Federal, e na Lei Orgânica/TCU, fixar prazo certo para que os órgãos competentes executem as medidas necessárias. Para isso, o MPOG, a SPU, a SPU/RJ, o JBRJ e o Iphan deverão enviar ao TCU relatórios trimestrais sobre as medidas adotadas para: 1) cessão ao JBRJ, em regime de concessão de direito real de uso resolúvel, nos termos do art. 18 da Lei 9.636/98 c/c art. 1º, inciso I, do Decreto 3.125/99, do terreno historicamente pertencente ao Jardim Botânico, inclusive o Horto Florestal; e 2) que findem a delimitação da área essencial às atividades da autarquia e a conclusão da revisão dos tombamentos do JBRJ.

No tocante à emissão de CDRU em favor da Sra. Gracinda Santos da Silva, ressalto que o agravo interposto pela AGU suspendeu a execução da reintegração de posse, o que por si só, faria perder o sentido da concessão de uso. Apesar disso, as justificativas apresentadas pela superintendente da SPU/RJ podem ser acatadas, haja vista a individualidade do caso (senhora muito idosa com 94 anos, viúva e com filho deficiente, imóvel situado fora de interesse imediato do JBRJ e outros 48 imóveis da mesma localidade estarem em situação jurídica idêntica).

Por derradeiro para esta seção, trazemos à lume trechos do voto complementar exarado por ministro do TCU:

Todas essas áreas, com decisões favoráveis do Judiciário, devem ser imediatamente reintegradas ao Jardim Botânico. Já as áreas eventualmente objeto de decisão transitada em julgado, favorável aos invasores, devem ser desapropriadas pelo Poder Público, com o adequado pagamento de indenização aos ocupantes, para recomposição do parque e preservação do interesse público, em benefício de toda a população carioca. Todas as outras áreas devem ser imediatamente recuperadas para integral utilização pelo Jardim Botânico.

O pensamento constante do trecho acima colacionado, na linha da homogeneização dos interesses e da generalização do problema – que é multifacetado e complexo, por ser drástico, torna-se perigoso.

Primeiro porque estabelece como critério a existência ou não de provimento judicial sobre cada caso. Ou seja, ao ocupante está lançada a álea da justiça: as condições da habitação, do seu tempo, da faixa de renda e de alguma autorização que o poder público tenha porventura emitido no passado para que se habitasse o local, nada disso importa; relevante é a decisão judicial em cada dado processo, desconsiderando-se os entendimentos díspares de um juiz para o outro, a insensibilidade de umas e o excesso de sensibilidade de outras decisões. Segundo porque menciona a recuperação das áreas invadidas para fins de utilização pelo Jardim sem que a autarquia responsável tenha sequer definido as suas reais necessidades de expansão, os equipamentos que porventura pretende instalar e os locais que seriam utilizados.

Como temos enfatizado ao longo do texto, as questões que permeiam o caso do Jardim Botânico são altamente complexas. O TCU reafirmou decisões anteriores e fixou prazos para a execução de tarefas pelos órgãos envolvidos (o que já havia feito em oportunidades anteriores).

Não se definiu, no entanto, questões preliminares que são básicas à formação de eventual solução. A Corte de Contas, ao contrário de constituir elemento catalisador de políticas públicas voltadas para o local, torna-se mais um ator do caso, o que enseja o acirramento dos discursos sobre o tema.

Se a construção da argumentação delineada pela decisão do TCU traz contradições internas entre as suas considerações e os seus comandos, assim como acontece nas decisões judiciais quando demonstram seus argumentos de autoridade – como a indisponibilidade do interesse público ou quando desconsideram aspectos relevantes dos fatos e da própria legislação, se isso é problemático para as práticas institucionais, não é o mais grave. Em se tratando das “virtudes nas práticas” como pensada em MacIntyre, o pior dos problemas é o da incoerência da argumentação das instituições que operam o Direito e de como esses argumentos se materializam para a sociedade.

CONCLUSÃO

Numa sociedade real, os argumentos dos indivíduos sobre o que seria *justo* estão efetivamente influenciados pelas suas respectivas posições sociais, riqueza, valores religiosos, crenças pessoais, as escolhas éticas, a história pessoal etc. Mais ainda, esses condicionantes representam posições sociais assimétricas, quer dizer, elas incorporam não apenas diferenças individuais, mas, sobretudo, desigualdades. Essas desigualdades, por sua vez, não são apenas o resultado do esforço pessoal numa situação de igualdade de oportunidades, mas são construídas e perpetuadas socialmente. Em outras palavras, os argumentos sobre o que seria *justo* numa sociedade real potencialmente – e na nossa opinião de fato – refletem, nalguma medida, as injustiças da própria sociedade.

No curso das últimas três décadas, o Judiciário mostrou-se uma *arena* inadequada para a resolução do problema, proferindo decisões que, fundadas nas tradicionais abordagens à brasileira do direito (por vezes afastada da realidade), protegem-se na esteira de um discurso dogmático consagrado, tal como a “supremacia e a indisponibilidade do interesse público” ou que “a utilização de terrenos públicos não gera qualquer direito possessório, mas mera detenção”. Esse tipo de abordagem, especialmente nos casos de maior complexidade, gera inúmeras vezes decisões conflitantes e a conseqüente descrença e desconfiança dos cidadãos para com a capacidade do sistema judiciário para resolver os problemas enfrentados no campo da realidade.

Nota-se que as rápidas e contínuas mudanças das estruturas sociais apresentam novos problemas para a teoria tradicional do direito. A dinâmica das relações sociais revela processos complexos e acelerados dessas transformações, que se mostram profundas e marcantes, constituindo-se uma das razões para a crise atual do juspositivismo. Isso permite asseverar que, para a resolução de determinados problemas, a compreensão do direito enquanto algo autômato voltado à regulação estática de fenômenos sociais encontra-se superada, de modo que se deve vislumbrá-lo como um mecanismo dinâmico direcionado à solução de problemas concretos, especialmente para a sustentação de políticas públicas que buscam tal fim.

A formação da Comunidade do Horto no que se refere à sua composição, às suas próprias tradições e relações para com o espaço em que habitam seus moradores, a maneira de apossamento das terras – ora com consentimento do poder público ora com divisão e disputa por espaços, o tempo de existência das primeiras vilas no local (que remonta ao período oitocentescos da história brasileira), a importância cultural e social do parque do Jardim

Botânico para a cidade e para o país, os discursos em torno do tombamento, do direito à moradia, do direito ambiental, da expansão da pesquisa botânica, e, especialmente, as práticas atuais de gestão do patrimônio imobiliário federal, para enumerar apenas alguns fatores, oferecem uma multifacetada gama de interesses políticos em torno da questão que dificultam sobremaneira o alcance de uma solução justa para o caso, ainda mais se consideradas as dificuldades instrumentais enfrentadas pelos tribunais e instituições públicas brasileiras.

Não bastasse, a atuação desarticulada dos diversos atores institucionais nos processos judiciais e administrativos contribui para a insegurança da comunidade, leva a um desenho disforme e contraditório das políticas de gestão e administração da área envolvida, estabelece regimes e entendimentos jurídicos diferenciados aplicáveis a cada caso e desconsidera a gestão contextual do problema, tudo em franca contribuição para com o acirramento dos conflitos existentes no local.

Deve-se notar que a instauração formal de Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal para dirimir os conflitos existentes é passo importante na busca de um norte para resolver os problemas enfrentados no local. Ela permite que representantes de diversos órgãos públicos sentem à mesma mesa, na condição de agentes pensadores de políticas públicas, para o debate e o fomento de soluções para cada problema posto ao seu crivo. Tais agentes são sempre acompanhados de um advogado público, que funciona como uma espécie de assessor quanto à verificação de viabilidade, alternativas, segurança e consequências jurídicas para essas decisões de caráter político. Trata-se de experiência válida na embrionária articulação institucional que começa a ser delineada pelo Estado brasileiro.

Por outro lado, na fase atual do problema, a administração pública tem a oportunidade de aproveitar os trabalhos desenvolvidos no âmbito da CCAF, que deve coordenar os órgãos envolvidos, de forma participativa, visando à real mensuração da extensão do problema, que passa pela correta identificação da área pertencente à União com a consequente matrícula do imóvel em seu nome no competente cartório de registro imobiliário, a formalização contratual da utilização dessa área pelo IJBRJ, as reais necessidades de expansão de equipamentos e edificações do Jardim Botânico para o fomento de suas atividades finalísticas, a identificação das áreas de risco onde não é possível o estabelecimento de habitações, a individualização dos moradores, considerando-se, fundamentalmente, o tempo de moradia, os laços com a terra, a faixa de renda e o interesse em permanecer ou deixar o local, mediante eventual contraprestação financeira, assim como a possibilidade de outorga de títulos formais pela utilização de área da União nas áreas

eventualmente não albergadas pelo tombamento, visando à promoção de confiança da comunidade para com os atos estatais.

Os mecanismos disponíveis à CCAF, entretanto, ainda que sua atuação se dê precipuamente no âmbito do poder público federal, mostram-se insuficientes para capitanear uma articulação desejada entre órgãos e entidades públicas na formulação de uma política pública voltada à solução de problema social de tamanha complexidade. À CCAF falta maior capacidade instrumental e operacional. O órgão, por exemplo, não possui poder legal de requisição, o que dificulta a instrução de seus processos e, eventualmente ao final, enseja que o *arbitramento* da solução concreta possa destoar de decisão que se entende mais *justa*. Ademais, não há corpo técnico de peritos, engenheiros, agrimensores e outros profissionais vinculados à estrutura organizacional e à disposição da própria CCAF. As informações, os laudos, os encaminhamentos técnicos conferidos aos processos que tramitam na CCAF frequentemente originam-se dos corpos técnicos pertencentes a cada órgão ou entidade pública partícipe dos processos conciliatórios, o que muitas vezes macula a confiabilidade de um justo arbitramento. Nesse sentido, o que se constata na administração pública é que sua atuação para a resolução de complexos casos como o aqui estudado, ordinariamente, é definida a partir de processos decisórios centralizados em autoridades de alto escalão, ainda que legitimadas pelo sistema jurídico-normativo, em regra encontram-se distantes das reais necessidades no enfrentamento e resolução de problemas de seus administrados.

É preciso alertar, ainda, que a longa espera enfrentada para o arrefecimento dos conflitos no Jardim e para a solução do problema da Comunidade do Horto, além de introduzir tensões no seio da sociedade carioca, tem contribuído sobremaneira para o aumento exponencial do número de ocupações nos últimos 30 anos. Por isso, deve ser exigida maior agilidade na condução dos trabalhos que visam buscar solução para o local. É preciso, ainda, considerar que a suspensão dos processos judiciais pode ser, a qualquer momento, individualmente revogada nas inúmeras ações possessórias sobre o caso, o que impactaria negativamente os trabalhos realizados em âmbito administrativo, mais uma razão pela qual se torna premente conferir maior agilidade na apresentação de plano de trabalho apto a arrefecer a questão, o que permitiria relativa tranquilidade na execução da política de gestão para a área.

Além das definições quanto aos limites do tombamento e das áreas necessárias à expansão da pesquisa botânica até hoje não perpetradas, no nosso sentir, a individualização no trato dos casos existentes, a criação de mecanismos e incentivos econômicos para a desocupação voluntária do local, a proposição de realocação dos moradores em outras áreas e,

fundamentalmente, a atuação concertada dos órgãos da administração pública federal configuram-se *inputs* inafastáveis para o desenho de solução mais próxima daquilo que pensamos enquanto *justiça*.

Trata-se, pois, de problema social para o qual se deve buscar a construção de uma política que esteja voltada à gestão participativa, mas que tenha seus nortes e diretrizes legitimamente definidas pelas autoridades competentes, num processo decisório democrático, em consonância com o novo paradigma de gestão dos imóveis da União, sem que se afaste do respeito à preservação ambiental e dos estudos botânicos, de forma que o poder público apresente e execute soluções definitivas dos problemas enfrentados pela Comunidade do Horto e pelo próprio Jardim Botânico, que coexistem há 205 anos no local.

BIBLIOGRAFIA RELEVANTE

ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. *Qual o sentido de Rawls para nós?* Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, n. 172.

ALEXANDER, Larry, and Emily Sherwin. *Deceptive Nature of Rules*. University of Pennsylvania Law Review 142, n. 4 (1993-1994): 1191-226.

ALFONSIN, Jacques Távora. *Acesso a terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*, Curitiba: Juruá, 2006.

BARBER, Benjamin R., *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. University of California Press, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BELLO, Enzo. *Conflitos sócio-ambientais na sociedade do risco: um estudo de caso sobre os litígios fundiários no Jardim Botânico*. In: Maurício Mota. (Org.). *Revista Função Social do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, v. 1, p. 250-275.

BITTAR, Eduardo C. B., *Metodologia da Pesquisa Jurídica – Teoria e Prática da Monografia para os Cursos de Direito*, São Paulo: Saraiva: 2010.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

_____. *Esboço de teoria da prática*, in Pierre Bourdieu, Org. Renato Ortiz, Ed. Ática, São Paulo, 1983.

_____. *O campo científico*, in Pierre Bourdieu, Org. Renato Ortiz, Ed. Ática, São Paulo, 1983.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPILONGO, Celso; FARIA, José Eduardo. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris ed., 1991.

CAMPOS, Andreilino. *Do quilombo à favela*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIA, José Eduardo. *A crise do direito numa sociedade em mudança*, Brasília, UnB, 1988.

FERREIRA et alii. *Uma Experiência de Desenvolvimento Metodológico para Avaliação de Programas: O Modelo Lógico do Programa Segundo Tempo*, TD 1369, IPEA, 2009.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo*, Brasília Jurídica, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

GUEDES, Jefferson Carús, SOUZA, Luciane Moessa de (org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. *Avvocatura dello Stato, amministrazione pubblica e democrazia: il ruolo della consulenza legale nella formulazione ed esecuzione delle politiche pubbliche*. *Rassegna Avvocatura dello Stato*. Roma, Anno LXIII, N. 1, Gennaio-Marzo 2011.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Carlos R. *El Costo de los derechos – por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2011.

JARDIM BOTÂNICO do Rio de Janeiro: 1808-2008. Organizado por Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*, São Paulo, Perspectiva, 1996.

_____. *As ciências naturais e as ciências humanas*. Trad. Cesar Mortari. In: KUHN, Thomas S. *O Caminho Desde a Estrutura*. São Paulo: Ed. UNESP.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª edição. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 1997.

LATOUR et alii. *A Vida de Laboratório – a produção de fatos científicos*, Ed. Relume Dumará, Rio de Janeiro, 1997.

LIMA JR., Jayme Benvenuto, ZETTERSTRÖM, Zetterström (org.). *Extrema Pobreza no Brasil: a situação do direito à alimentação e moradia adequada*. São Paulo: Loyola, 2002.

LIU, Goodwin. *Rethinking Constitutional Welfare Rights*. *Stanford Law Review* 61, no. 2 (2008-2009).

LOPES, Jose Reinaldo de Lima. *Cidadania e propriedade: perspectiva historica do direito a moradia*. *Revista de Direito Alternativo*, n. 2, p. 114-136, 1993.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Trad. Jussara Simões. EDUSC, 3ª ed., 2004

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MÉNDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo, PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de direito na América Latina*. Trad. Ana Luisa Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MERKEL, Adolf, *Teoria General del Derecho Administrativo*. México, Nacional, 1975.

MILLER, Pierre. *L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique*. In: Revue française de science politique, 50e année, n. 2, 2000.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Martins Fontes, 2008.

ROMANELLI, Luiz Cláudio. *Direito à moradia à luz da gestão democrática*. 2a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3a ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Artigo publicado em Políticas públicas, coletânea. Organizadores: Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP, 2006.

SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SAULE JUNIOR, Nelson. *O Direito a moradia como responsabilidade do estado brasileiro*. In: Direito, Advocacia e Mudança. Brasília: OAB, V. 5, p. 13-19, 1996.

SELZNICK, Philip. *The Idea of a Communitarian Morality*. California Law Review 75, no. 1 (1987): 445-64

SHCMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general Del derecho administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons, 2003

SIMON, Henrique. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Argvmentvm: Belo Horizonte, 2006.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Fundamentação teórica do direito de moradia*. Direito e Avesso, Vol 1, N. 2, p. 13-17, 1982.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.). *O Direito Achado na rua. Introdução crítica ao Direito Agrário*. Vol. 03. São Paulo: Ed. UnB, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O Direito Administrativo entre os clips e os negócios*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TAYLOR, Charles. *Atomism*. In *Communitarianism and Individualism*, New York: Oxford University Press, 1992.

VIANA, Ana Luiza. *Abordagens metodológicas em políticas públicas*. Revista de Administração Pública, v. 30, n. 2, p. 5-43, mar./abr. 1996.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *A advocacia pública federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União*. In: GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa de (org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA, Liszt. *Jardim Botânico: O interesse público*. In: *Jornal O Globo*, 19/07/2008.

WALZER, Michael. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.

WEBER, Max, *Metodologia das Ciências Sociais, parte 1*. Trad. Augustin Wernet. São Paulo: Cortez Editora, 2001