

CONFLITOS SÓCIO-AMBIENTAIS NA SOCIEDADE DO RISCO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE OS LITÍGIOS FUNDIÁRIOS NO JARDIM BOTÂNICO*

SOCIAL ENVIRONMENTAL CONFLICTS IN THE RISK SOCIETY: A STUDY ABOUT THE LANDED LITIGATIONS IN THE BOTANICAL GARDEN

Enzo Bello

RESUMO

O trabalho apresenta um estudo de caso sobre o tratamento conferido, pelos poderes Executivo e Judiciário, ao conflito sócio-ambiental caracterizado pelos litígios fundiários entre o Instituto de Pesquisas Jardim Botânico e um considerável grupo de cidadãos, cerca de 3000 moradores desse bairro, na cidade do Rio de Janeiro. O problema proposto trata da possibilidade de se conciliar os dois principais direitos, aparentemente contrapostos, num conflito sócio-ambiental entre cidadãos e Estado, considerando-se as características sócio-políticas brasileiras e o modelo moderno de racionalidade. Serão demonstradas duas hipóteses: (i) a busca pelo Judiciário é insatisfatória democrática, social e juridicamente, por não ser esse ator/espaço o mais adequado para tratar da questão na perspectiva de uma cidade sustentável, e os magistrados se utilizam de instrumental jurídico defasado, discrepando dos anseios sociais; e (ii) a viabilidade de conciliação do direito difuso à preservação do meio ambiente com o direito social à moradia, mediante uma articulação entre sociedade civil e Estado, num processo decisório plural e pautado pela projeção dos riscos sociais, gerados por uma proteção ambiental deficiente em termos de exclusão social. Será utilizada uma abordagem interdisciplinar, relacionando sociologia e dogmática jurídica, tendo-se como marco teórico as teorias da sociedade do risco, de Ulrich Beck e Niklas Luhmann. Estas delineiam um novo modelo de sociedade, que denota grandes transformações na racionalidade humana e demanda um tratamento prognóstico dos fenômenos sociais, atualmente marcados pela imprevisibilidade e incerteza, redimensionando-se as relações de poder e os fóruns deliberativos.

PALAVRAS-CHAVES: CONFLITOS SÓCIO-AMBIENTAIS; SOCIEDADE DO RISCO; LITÍGIOS FUNDIÁRIOS; JARDIM BOTÂNICO.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

This research presents a study about the treatment, by the Executive Power and the Courts, to the social environmental conflict represented by the landed litigations among the Botanical Garden Institute of Researches and a considerable group of citizens, about 3000 residents of this neighborhood, in the city of Rio de Janeiro. The question proposed deals with the possibility of conciliation between the two main rights, apparently antagonist, in a social environmental conflict among citizens and the state, considering the social and political brazilian features and the modern model of rationality. It will be demonstrated two hypothesis: (i) the search for the Courts is democratically, social and juridical unsatisfactory, because this actor/space is not the most suitable to deal with the question in the perspective of an sustainable city, e and the judges use an surpassed juridical tools, dissenting from the social desire; and (ii) the viability of conciliation between the collective right to the environmental preservation and the social right to habitation, through an articulation between civil society and the state, in an pluralistic deliberative process ruled by the projection of social risks, produced by an insufficient environmental protection in terms of social exclusion. It will be adopted an interdisciplinary approach, linking sociology and law dogmatic, considering as theoretical point of view the theories of risk society, developed by Ulrich Beck and Niklas Luhmann. These theories identify a new model of society, which shows great transformations in the human rationality and demands a prognostic treatment to the social phenomenon, nowadays distinguished by uncertainty, redefining power relations and deliberative spaces.

KEYWORDS: SOCIAL ENVIRONMENTAL CONFLICTS; RISK SOCIETY; LANDED LITIGATIONS; BOTANICAL GARDEN.

1. Introdução: plano de trabalho

O presente trabalho apresenta um estudo de caso sobre o tratamento conferido, pelos poderes Executivo e Judiciário, ao conflito sócio-ambiental caracterizado pelos litígios fundiários entre o Instituto de Pesquisas Jardim Botânico e um considerável grupo de cidadãos, cerca de 3000 moradores do bairro de mesmo nome, na cidade do Rio de Janeiro.

O problema proposto trata da possibilidade de se conciliar os dois principais direitos fundamentais, aparentemente contrapostos, num conflito sócio-ambiental entre cidadãos e Estado, considerando-se as características sócio-políticas brasileiras e o modelo moderno de racionalidade, calcado na noção de segurança.

A partir desse caso, serão demonstradas duas hipóteses em relação às possíveis soluções para os conflitos sócio-ambientais no Brasil contemporâneo: (i) a busca pelo Judiciário nem sempre é satisfatória – em termos democráticos, sociais e jurídicos –, por não ser esse ator/espaco o mais adequado para tratar da questão na perspectiva de uma cidade sustentável; além de os magistrados geralmente se utilizarem de instrumental jurídico defasado, muitas vezes discrepando dos anseios sociais; e (ii) a viabilidade de conciliação do direito difuso à preservação do meio ambiente saudável/sustentável com o direito social à moradia, numa articulação entre sociedade civil e Estado, num

processo decisório plural e pautado pela projeção dos riscos sociais, gerados por uma proteção ambiental deficiente em termos de exclusão social.

Será utilizada uma abordagem interdisciplinar pautada por uma análise sociológica dos sistemas jurídicos[1], que relaciona a sociologia com a dogmática jurídica, tendo-se como marco teórico o conceito de sociedade do risco, de Ulrich Beck e Niklas Luhmann. Estes delineiam um novo modelo de sociedade, que denota grandes transformações na racionalidade humana e demanda um tratamento prognóstico dos fenômenos sociais, atualmente marcados pela imprevisibilidade e incerteza, redimensionando-se as relações de poder e os fóruns deliberativos.

2. Apresentação do conflito sócio-ambiental no Jardim Botânico

Representada judicialmente pelo Instituto de Pesquisas Jardim Botânico (IPJB), autarquia federal atrelada ao IBAMA, a União Federal propôs diversas ações judiciais de reintegração de posse contra os cidadãos que residem em terrenos localizados em áreas de propriedade da União, no bairro do Jardim Botânico, situado na zona sul da cidade do Rio de Janeiro. Basicamente, a União almeja retomar terrenos de sua propriedade, que se encontram, há décadas, na posse de diferentes sujeitos: descendentes dos empregados da fábrica de pólvora criada por Dom João VI, em 1808; funcionários e pesquisadores à serviço do próprio IPJB; além de outros ocupantes alegadamente irregulares.

Relatório da comissão interministerial chefiada pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU), órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, indicou que, atualmente, há cerca de 130 ações judiciais em trâmite na Justiça Federal do Rio de Janeiro envolvendo esses conflitos fundiários. Isso caracteriza apenas uma parte dos litígios fundiários existentes entre a União Federal e um grupo de, aproximadamente, 3000 moradores do bairro do Jardim Botânico[2].

Dados do registro cadastral do ITERJ[3] (Instituto de Terras do Estado do Rio de Janeiro) indicam uma progressiva ocupação da localidade em questão, aumentando a quantidade de casas ao longo das últimas décadas: 1975: 377 casas; 1985: 408 casas; e 2005: 589 casas. A maioria dessas moradias também está cadastrada na GRPU/RJ[4] (Gerência Regional de Patrimônio da União no Rio de Janeiro), que demonstra a subdivisão dos terrenos em 12 comunidades[5], nas quais residem 589 famílias. O mencionado relatório da SPU indica o número de moradores por renda familiar declarada[6]:

Níveis de renda	Quantidade de Famílias	Percentual – %
Até 3 salários	232	42,1
De 3 a 6 salários	192	35,0
De 6 a 10 salários	76	13,8
Acima de 10 salários	34	6,2
Sem informação	16	2,9
TOTAL	550	100

Como se depreende da tabela acima, no caso dos litígios fundiários do Jardim Botânico, a maioria dos moradores (76,1%) possui renda familiar de até 6 salários mínimos, o que denota algumas características do perfil dos cidadãos demandados judicialmente pela União: condições financeiras limitadas e estilo de vida módico[7].

2.1. A postura do Poder Judiciário

Pesquisa realizada no portal da Justiça Federal do Rio de Janeiro na internet identificou 15 acórdãos, proferidos nos julgamentos de recursos de apelação, interpostos contra sentenças prolatadas nas ações de reintegração de posse propostas pela União Federal contra os moradores dos terrenos de sua propriedade no Jardim Botânico. Tais julgados serão adiante analisados, de modo a se aferir as fundamentações utilizadas para embasar, na maioria dos casos, o improvizamento dos recursos interpostos pelos réus.

Com esse exame, busca-se extrair elementos que permitam delinear um determinado tipo de postura do Judiciário em relação aos conflitos fundiários em estudo. Inicialmente, confira-se o quadro esquemático abaixo, contendo as informações gerais sobre os processos:

Acórdãos	Processo de origem	Apelação Cível	Nome do réu
-----------------	---------------------------	-----------------------	--------------------

1	28 ^a Vara (0009317341)	Federal	99.02.08606-3	Dinorá Batista Marins
2	27 ^a Vara (8700051365)	Federal	97.02.34355-0	Manoel Moreira da Costa
3	27 ^a Vara (8700043559)	Federal	97.02.19227-7	Ruy Lopes da Silva
4	3 ^a Vara (9000492947)	Federal	96.02.41316-6	Thomaz Mendes – Espólio e outros
5	1 ^a Vara (0009228144)	Federal	95.02.08631-7	Osnir Marquete
6	2 ^a Vara (8700050571)	Federal	1987.51.01.005057-0	Honorina Sá Silva Ribeiro
7	6 ^a Vara (0009280081)	Federal	97.02.35095-6	Waldemar Rego
8	6 ^a Vara (0009280170)	Federal	97.02.35539-7	Nilton do Nascimento
9	6 ^a Vara (0009327550)	Federal	97.02.44400-4	Laes Raposo
10	6 ^a Vara (8700048526)	Federal	97.02.35325-4	Lucia Vargas Monteiro
11	11 ^a Vara (0009328262)	Federal	1987.51.01.932826-9	Natalio da C. Silva e outro
12	15 ^a Vara (8700051403)	Federal	1987.51.01.005140-8	Cyntia Marinho Pimentel
13	16 ^a Vara (0009316493)	Federal	1987.51.01.931649-8	João Bastos Ananias
14	18 ^a Vara (8700050580)	Federal	2001.02.01.042398-9	Doracy Madeira Monteiro e outro
15	27 ^a Vara (0009327541)	Federal	97.02.03363-2	Gracinda Santos da Silva

A primeira questão analisada é a do reconhecimento do vínculo jurídico entre a União Federal e os moradores das áreas objeto de litígio, pelo regime de locação imobiliária, na forma do art. 86, II, do DL 9760/46. Nesse sentido são os acórdãos nº 1, 4, 5 e 6; veja-se os seguintes:

Acórdão 4: “Após, esclareça-se que, apesar da ausência de notificação para que os réus desocupassem o imóvel, este ainda permanece ocupado por aqueles até a presente data. Assim, considerando-se a data da citação dos mesmos para responderem à presente demanda (14/02/1991), como sendo a da notificação, salta aos olhos que o prazo do art. 89, § 3º, "a", do **DL 9760/46** não restou inobservado. (...) Assevere-se, em primeiro lugar, que o vínculo jurídico existente entre as partes litigantes é a relação "ex locato", vez que o contrato celebrado entre os mesmos tem enquadramento legal no

art. 86,II, do DL 9760/46. Desse modo, considerando-se que a rescisão unilateral, pela União, do contrato locatício em tela se deu por motivo de necessidade do serviço público, nos moldes do art. 89, III, do DL 9760/46, e, ainda, que houve plena observância do prazo previsto no art. 89, §3º do mesmo Diploma, não há ilegitimidade nenhuma que possa ser imputada à Administração Pública pela prática de tal ato, já que a mesma agiu em total consonância com as normas legais específicas reguladoras do assunto”. (grifou-se)

Acórdão 6: *“Soluciona a presente questão o art. 1º da Lei n.º 5.285/67, o qual prevê um prazo de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias para a desocupação de imóveis de propriedade da União Federal por servidores inativos, ou sucessores destes, que o detinham em razão de seu ofício. Ultrapassado tal prazo sem a desocupação do bem, configura-se o esbulho, legitimando o ajuizamento da Ação Possessória” (grifou-se)*

Nesses julgados ficou clara a adoção do prisma do Direito Privado (Civil, Imobiliário, etc.), evidenciado pelas relações jurídicas locatícias, cujo referencial é o bem objeto do direito real de propriedade, não o seu uso, caracterizado pelo exercício do direito à moradia. Assim, entendeu-se que uma mera rescisão contratual, unilateral, feita pela União, traria a solução para os conflitos: a desocupação, compulsória, dos imóveis pelos servidores inativos ou seus sucessores, sob pena de caracterização de esbulho, que legitima o manejo de ação possessória.

Os acórdãos nº 7, 8, 10, 11, 12, 14, 15 e 16, decidiram no mesmo sentido, quanto a se caracterizar a relação jurídica pelo regime de locação, e, que, caso os imóveis não sejam desocupados no prazo estipulado no DL 9760/46 e na Lei nº 5.285/67, caracterizar-se-á esbulho possessório, ensejando-se o manejo da ação possessória.

Outra questão ressaltada nos acórdãos sob estudo, especialmente os de nº 8 e 15, é a da impossibilidade de usucapião de bens públicos:

Acórdão 8: *“(…), observa-se da conjugação dos mandamentos contidos nos arts. 67, 69, e 520, III, do Código Civil de 1916, que o réu está impedido de se tornar possuidor daqueles bens”. (grifou-se)*

Acórdão 15: *“(…), indiferente que a ré resida no imóvel há mais de cinquenta anos, pois, – quer de acordo com a súmula 340 do Supremo, quer de acordo com o art. 200 do Decreto-lei 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. Além disso, sem importância, para fins de caracterização do esbulho, o fato de a ré ter se mudado para o imóvel antes da criação do Instituto-autor”. (grifou-se)*

O primeiro trecho do acórdão nº 15 indica as fontes normativas que embasam abalizam o argumento da impossibilidade de usucapião de bem público: Constituição Federal, Código Civil de 1916, o Decreto-Lei 9760/46 e Súmula 340 do STF[8].

Tema relevante abordado na maioria dos acórdãos é o da indenização por benfeitorias, que, salvo no acórdão nº 9, foi negada em todos os julgados. Veja-se os acórdãos nº 13 e 15:

Acórdão 13: “(...) *Em sendo assim, cumpre afastar a possibilidade de ressarcimento das benfeitorias supostamente feitas no imóvel em questão, vez que não houve comunicação da realização das mesmas à União, restando desatendida a norma contida no art. 90 do citado Decreto-lei n.º 9760/46*”. (grifou-se)

Acórdão 15: “Normalmente, a realização de outras benfeitorias deveria necessariamente ser notificada e autorizada pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU), nos exatos termos do artigo 76, da **Lei 9760/46** (“Art.76 – As benfeitorias necessárias só serão indenizáveis pela União quando o SPU tiver sido notificado da realização das mesmas dentro de 120 dias contados da sua execução”). No caso, à vista do documento de fls. 144, não pode o julgador condenar a UNIÃO a indenizar a parte ré pelo valor de uma construção que já existia. Deve-se atentar para tal fato, diferenciando os casos em que houve ocupação do terreno, sendo a construção erguida pelo detentor, daqueles nos quais há ocupação de imóvel construído, como é o caso dos autos”. (grifou-se)

O acórdão nº 9 determinou a produção de prova pericial, para avaliação das benfeitorias realizadas pelo réu. Assim, anulou a sentença, que havia negado a produção dessa prova, considerando que a sua ausência implicaria cerceamento de defesa do réu e enriquecimento sem causa da União. Confira-se:

Acórdão 9: “Ora, determinar a simples reintegração da posse do imóvel à autora, sem imputar-lhe o ressarcimento pelas acessões e benfeitorias nele feitas pelo réu, ensejaria o enriquecimento sem causa da União, o que não pode encontrar acolhida pelo Judiciário”.

No acórdão nº 10, o relator foi além, caracterizando a posse como de má-fé, portanto precária, e afastando o cabimento da indenização:

Acórdão 10: “Não há que se falar em cerceamento de defesa, vez que se mostra despicienda para o desate da causa a produção das provas requeridas, pois não tem a Ré, ocupante de bem público, direito de indenização pelas benfeitorias eventualmente

realizadas, pois pública e notoriamente ocupa área que sabidamente não poderia fazê-lo, fato que demonstra sua male fides, que não merece ser contemplada com o benefício, pois se trata de ocupação precária, que não enseja sequer o direito de valer-se da proteção possessória” (grifos no original)

Da análise dos acórdãos acima, verifica-se uma tônica de aplicação subsuntiva de dispositivos legais aos casos concretos, sem se desenvolver argumentações quanto ao contexto fático (social) dos réus e aos direitos fundamentais subjacentes à demanda – o direito difuso ao meio ambiente saudável/sustentável e o direito à moradia.

Das cerca de 130 ações de reintegração de posse ajuizadas perante a Justiça Federal no Rio de Janeiro, até o primeiro semestre de 2008, menos de 1/3 delas foi proposto em 1987, portanto, antes do advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002. A regra do *tempus regit actum* (art. 6º da LICC) foi comumente adotada no julgamento desses casos, sendo utilizados o Código Civil de 1916, o Decreto-Lei 9.760/46, a Lei n.º 5.285/67 e, em apenas um acórdão, mencionou-se a Constituição Federal de 1988 (art. 183).

Portanto, pode-se qualificar como legalista e dogmático o tratamento conferido pelo Judiciário às demandas relativas às ações de reintegração de posse, movidas pela União Federal contra os moradores da região do Jardim Botânico, pois norteado basicamente pelo DL 9760/46, norma jurídica elaborada com a finalidade de proteger o patrimônio da União.

Por outro lado, não foram aplicados diplomas como o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), a Medida Provisória 2.220/01, o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, esta no que tange ao direito à moradia (art. 6º), reconhecido pela Emenda nº 26/2000. Assim, foram ignorados importantes institutos jurídicos, como a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF/88) e a concessão de uso especial para fins de moradia (MP 2220/2001), que representam ferramentas para se lidar com um novo cenário das relações sociais.

Dessa forma, pode-se afirmar que os fundamentos das referidas decisões judiciais são obsoletos e defasados, chamando a atenção o fato de não ter havido qualquer discussão sobre o direito à moradia, o que poderia ser explicado pelo fato de que um terço das demandas foi ajuizado antes do advento da CF/88 e as demais antes de 2001 (ano da edição da MP 2220).

Por fim, vale salientar que foi determinada, em reunião da comissão formada pela Portaria Interministerial nº 360-A, de 27/12/2004, para promover estudos e propor soluções para a questão, que todas as ações judiciais de reintegração de posse seriam suspensas até o final dos trabalhos da Comissão^[9]. Essa decisão foi comunicada ao Procurador Regional da União, que encaminhou o “Memo nº 289/10/2005 – PRU/RJ/GAB” ao Procurador-Geral da União, tendo este autorizado-a e solicitado-a em juízo, até o final dos trabalhos da referida Comissão.

Os trabalhos da comissão interministerial foram concluídos, mas os processos continuam suspensos, pois as propostas formuladas para a resolução dos litígios ainda não foram analisadas.

2.2. A postura do Poder Executivo

A atuação do Executivo federal nos conflitos fundiários do Jardim Botânico pode ser delineada através de dois sujeitos: a Presidência do IPJB e a Comissão Interministerial chefiada pela Secretaria do Patrimônio da União.

A postura inicial do Executivo federal, diante do acirramento dos conflitos fundiários, é ilustrada pela atuação do presidente do IPJB, o sociólogo Liszt Vieira, que sempre se mostrou favorável à desocupação dos terrenos, objeto dos litígios. Em artigo^[10] publicado na imprensa, Liszt Vieira apresentou uma análise que, apesar de parcial e tendenciosa, abordou os principais temas em discussão no conflito sócio-ambiental em questão, deixando clara a sua posição pessoal e institucional. Alguns trechos desse escrito são emblemáticos. Confira-se:

*“os **moradores** resistiram à ordem judicial. A **polícia**, convocada pela Justiça para assegurar a reintegração de posse, recuou após enfrentamento com os ocupantes. Trata-se de ocupações ilegais em área da União protegida pela legislação ambiental. 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. (...) Os moradores têm advogado constituído nos autos. Não se compreende, portanto, por que **advogados e procuradores** ligados a direitos humanos passaram a apoiar a **resistência dos ocupantes contra uma decisão judicial transitada em julgado**. Ao fazê-lo, colocaram-se **contra o Estado de direito** e a favor daqueles que desacataram a autoridade responsável pela execução da sentença de reintegração de posse. (...)*

*(...) Os **direitos humanos** não são apenas individuais. São também coletivos. A tradicional visão individualista ignora os **direitos difusos**, entre os quais o **direito ao meio ambiente**. O **direito social de um indivíduo**, no caso o **direito à moradia**, não pode prevalecer contra o **direito coletivo de toda a sociedade**. Desta forma, o **direito de dois indivíduos** não deve prevalecer em face do **direito ao meio ambiente de toda a população**. (...)*

*O Jardim Botânico é um instituto de pesquisa científica que desempenha papel importante na conservação da biodiversidade brasileira. Seu parque recebe mais de 400 mil visitantes por ano. Infelizmente, parece que a **visão individualista tradicional de direitos humanos** continua presente entre alguns profissionais do direito e da política. (...)*

Uma comissão mista dos ministérios do Meio Ambiente e do Planejamento, com participação de representante do Jardim Botânico e do Serviço de Patrimônio da União, discute uma proposta de acordo entre as partes, mediante a transferência de moradores para unidades habitacionais a serem construídas pela Caixa Econômica Federal ou para imóveis já existentes em outros bairros. Para evitar confrontos, a Comissão solicitou à AGU suspensão temporária das ações de reintegração de posse até o término de seus trabalhos. Isso exclui da execução judicial quase todas as ações, exceto as relativas a quatro casas funcionais e algumas ações civis impetradas pelo Ministério Público. Queremos uma solução negociada que contemple os interesses particulares dos moradores e atenda à defesa do interesse público. (...). (grifou-se)

Por seu turno, após uma série de reuniões, em 22/02/2007, a comissão interministerial da SPU[11] produziu um relatório sobre a questão fundiária, apresentando as seguintes propostas:

“Proposta 1: O estabelecimento de convênio, visando a reurbanização e regularização de toda a área da União no Jardim Botânico, entre o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão através da SPU, Ministério do Meio Ambiente através do Instituto de Pesquisa Jardim Botânico/RJ, o Ministério das Cidades, a Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro, independente da utilização total ou em parte de qualquer uma das sugestões apresentadas pela Comissão.

Sugestão 1: Realocação – Transferência de 329 famílias localizadas no interior do novo limite acordado com o IJB e sua alocação com transmissão de propriedade em prédios a serem projetados e construídos em terrenos na mesma região, como sugerido pelo Ilustre Sr. Procurador da República no anexo 5.

Sugestão 2: Adensamento – Transferência de 329 unidades localizadas no interior do novo limite acordado com o IJB e a realocação de 189 famílias com vínculo funcional direto ou indireto (cônjuge e filhos) em áreas definidas no entorno do IJB, onde já residem 174 famílias, cujas casas, por demolição dariam lugar a construção de 363 novas unidades no total.

Formalização de acordo judicial ou de realocação acordada de 140 famílias sem vínculo funcional com o IJB no projeto de regularização fundiária na Colônia Juliano Moreira ou em outra área a ser definida. Todos os remanejamentos seriam efetuados gerando transmissão de propriedade.

Sugestão 3: Manutenção com adensamento – Sugestão apresentada pela Comunidade. A manutenção e restauração das residências de 329 famílias localizadas dentro dos limites propostos para o Jardim Botânico, efetuando-se remanejamento das famílias residentes em área de risco ou inadequadas para espaços vazios existentes na comunidade.

A ocupação seria regida por um código de postura próprio a ser discutido entre a sociedade e o poder público, e neste caso não haveria transmissão de propriedade.

Proposta 2: *Manutenção da suspensão da execução das decisões das ações de reintegração de posse até a definição e execução do projeto de reurbanização da área.*

Proposta 3: *Realização de acordos judiciais, através da Advocacia Geral da União com pagamento de indenização para devolução do imóvel.*

Proposta 4: *Realocação de moradores em imóveis vazios na área.*

Proposta 5: *Extensão para a área do Jardim Botânico do Acórdão do TCU 2.245/2006 – Plenário – relativo ao recurso impetrado pelos locatários da União residentes a Rua Xavier Sigaud, que permite a adoção de VO da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro (valor venal), no cálculo de locação de cada unidade imobiliária. A Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro já manifestou oficialmente interesse de declarar a área do Jardim Botânico como de Especial Interesse Social.*

Proposta 6: *Ratificar os limites acordados neste relatório da área a ser regularizada pela GRPU/RJ ao Instituto de Pesquisa Jardim Botânico, que deverá apresentar o levantamento topográfico e o memorial descritivo do novo perímetro.*

Conclusão: *O presente relatório não tem intenção de esgotar o assunto até porque a questão envolve premissas de interesse público, social, ambiental e do direito de moradia. A complexidade dos trabalhos considerando a importância da área ultrapassa o interesse local, assumindo dimensão do interesse de toda Cidade do Rio de Janeiro, requerendo assim uma ação de governo mais ampla que extrapola os limites desta Comissão. Todas as propostas relacionadas deverão, obviamente, observar as disposições da legislação ambiental vigente bem como da MP 2.220/2001”.*

As propostas e o relatório formulados pela comissão interministerial da SPU foram assinados pela vice-presidente da Associação de Moradores e Amigos do Horto (AMAHOR), o que demonstra seu alinhamento à gestão democrática das políticas urbanas, prevista no Estatuto da Cidade (art. 2º, II, da lei 10.257/01). Vale salientar, ainda, que no item conclusivo das propostas da Comissão consta a obrigatoriedade de observância à MP 2.220/2001, de modo a se contornar a aplicação do princípio *tempus regit actum*, que, dada a época do ajuizamento das ações de reintegração de posse, inviabiliza a adoção daquele diploma normativo e a aplicação de importantes institutos como o da concessão especial para fins de moradia, entre outros.

2.3. Problematização: algumas questões para análise

A partir do mapeamento realizado sobre a atuação do Judiciário e do Executivo no conflito sócio-ambiental do Jardim Botânico, é possível elaborar a seguinte problematização:

(I) É viável conciliar o direito social à moradia com o direito difuso ao meio ambiente saudável, em conflitos sócio-ambientais envolvendo cidadãos e Estado, considerando-se o contexto brasileiro e o modelo moderno de racionalidade (segurança)?

(II) Quais são os atores sociais e os espaços decisórios existentes nesses conflitos? Quais são as posturas desses sujeitos num quadro de tensão social acirrada, numa disputa sobre a desocupação de áreas públicas que, há décadas (ou mesmo séculos), são ocupadas e utilizadas para fins de moradia? Eventuais atos de resistência de cidadãos a ordens estatais consistiriam em desrespeito ao Estado Democrático de Direito?

(III) Há, necessariamente, conflito entre o interesse público e os interesses particulares de determinados indivíduos? Qual a perspectiva mais adequada em relação à compreensão dos direitos humanos como superação à concepção individualista tradicional, de modo a se efetivar os direitos difusos?

(IV) Como poderia ser formulada uma proposta de solução para esse tipo de conflito, num contexto de imprevisibilidade e incertezas, envolvendo órgãos estatais e sociedade civil?

Postas essas questões, adiante será delineado o pano de fundo teórico e social que caracteriza os conflitos sócio-ambientais contemporâneos, de modo a se viabilizar um instrumental analítico para o exame da problematização suscitada pelo caso do Jardim Botânico.

3. Contextualização do pano de fundo dos conflitos sócio-ambientais contemporâneos: a mudança do paradigma da segurança para o do risco

O início do século XXI representa o ápice de um período histórico marcado por processos complexos e acelerados de transformações permanentes. Num exame preliminar, poder-se-ia afirmar que essa assertiva abre um amplo leque de análises, abrangendo diversos ramos do conhecimento. Porém, ela permite asseverar a premissa que o direito não pode ser compreendido como autômato, nem tem capacidade para disciplinar qualquer fenômeno social e natural, sem a influência de outras áreas do saber, pela ética/moral e, principalmente, pela prática política.

Inúmeros elementos comprovam esse estado de mudanças constantes. Por um lado, tem-se: (i) sucessivas revoluções tecnológicas; (ii) notável velocidade de difusão de informações e novos canais de comunicação; (iii) produtos e serviços voltados para a modernização das relações pessoais e profissionais; (iv) expansão da propagação do conhecimento; e (v) crescentes pesquisas científicas sobre engenharia genética, bioética, biossegurança, etc.

De outra banda, tem-se fatores ligados a um processo de ataque aos direitos fundamentais: (i) crescentes marcas de fugacidade e instabilidade nas relações humanas, efemeridade de sentimentos, egocentrismo de interesses individualistas e desconfiança em relação à figura do “outro”; (ii) imposição de padrões estéticos

variáveis e consumistas inalcançáveis, juntamente com desemprego em massa, jornadas excessivas de trabalho, escassez de tempo para descanso e lazer, redução de benefícios previdenciários, precariedade na habitação familiar, falta de assistência social; (iii) crassas facetas de injustiça e exclusão social; (iv) repentinos desuso e descartabilidade de fatos, notícias, livros, teorias, etc.; e (v) incertezas, ambivalências, dúvidas e desconfianças do homem quanto ao futuro.

Como resultado, aumentam as crises da democracia representativa e da participação política, o que tem sido decisivo para a expansão do fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. Em razão da dinamização da vida cotidiana e de uma apatia política generalizada, esvaziam-se os fóruns públicos de deliberação popular e a política cede lugar à economia e ao direito como espaço para a tomada de decisões de grandes repercussões sociais.

Atentos à nocividade desse quadro, diversos pensadores têm salientado a importância de se explorar a intensificação das articulações entre passado, presente e futuro[12], e a validade e eficácia dos valores da modernidade têm sido muito questionadas. Erhard Denninger, *e.g.*, propôs a substituição da tríade da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) pela de “segurança, diversidade e solidariedade”, que seria adequada à realidade contemporânea[13].

Nesse contexto, há um descompasso na disciplina jurídica de novas demandas, diante da complexificação das relações sociais. Ao mesmo tempo em que fenece a antiga regra “*ubi jus, ubi societas*”, surge a necessidade de proteção jurídica aos riscos sociais, oriundos da substituição das fontes de instabilidade social, política, econômica e jurídica: ao invés dos conflitos bélicos da Idade Média, das revoluções da modernidade e das guerras do século XX, intensificam-se, no aflorar do século XXI, colapsos econômicos, atentados terroristas e acidentes causados por fenômenos da natureza (tsunamis, furacões e terremotos)[14] de intensidade notável.

Objetivando sistematizar de forma interdisciplinar a conjuntura política, jurídica e social contemporânea, estudiosos de diversos ramos do conhecimento têm formulado categorias teóricas para designá-la e confrontá-la com os princípios centrais das constituições ocidentais vigentes.

Apesar das suas incongruências, categorias como “Era do Terrorismo”, “Estado de Exceção” e “Sociedade do Risco”[15] demonstram um ponto de convergência: a identificação de um discurso de segurança perante o clima de permanente incerteza, instabilidade e desconfiança que assola as relações sociais hodiernas. A retórica por elas desvendada consubstancia uma exaltação apologética da segurança – no final das contas, um “risco”.

Como se verifica das condutas governamentais, da grande mídia e do mercado financeiro, perante fatos provocados por práticas humanas ou por “eventualidades” da natureza, geralmente busca-se transmitir mensagens no sentido que a “ordem” há de ser conservada ou restabelecida. Nessa agenda, é central a questão da segurança, que, numa mirada para o passado, apresenta uma natureza jurídica multifacetária e uma funcionalidade política dúplice.

O termo “segurança” sempre foi manejado politicamente para se assegurar a conservação do *status quo*, em sentido ora legítimo, ora autoritário. Trata-se de um conceito que percorre os três momentos da história e visa a garantir, no presente, perante as ameaças do futuro, a permanência de um estado de coisas angariado no passado.

No âmbito jurídico, assim como as constituições modernas, o movimento das grandes codificações valorizou a positivação das regras políticas e jurídicas, como garantia à estabilidade às normas reguladoras do convívio social. Tal expressa uma tônica de cristalização de valores e costumes, para se promover um indicativo (“dever-ser”) do comportamento dos indivíduos e dos limites da atuação do Estado, desenvolvendo-se o papel político-jurídico da Constituição: fixar e organizar os poderes do Estado, bem como garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

A escola do positivismo jurídico propôs uma concepção formal do direito, baseada na completude do ordenamento jurídico, na pureza da ciência jurídica e na determinação e certeza das normas jurídicas. Sua meta principal era conferir segurança e estabilidade à sociedade, com um conjunto de regras positivadas, para a defesa do ordenamento jurídico contra circunstâncias de exceção que fugissem à sua lógica e pudessem subvertê-la. Fruto dessa concepção, o direito à segurança jurídica, previsto no art. 5º, XXXVI, da CF/88, tem como corolários o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

4. A sociedade do risco como categoria teórica representativa de um novo paradigma

A categoria “risco” denota o advento de uma nova era, que implica na revisão das formas da racionalidade humana, pois a complexidade e o dinamismo das demandas contemporâneas (sociais e naturais) determinam a necessidade de uma reconfiguração da lógica da modernidade. De acordo com Jürgen Habermas, os perigos/riscos dessa nova era “*ultrapassam as capacidades analíticas e de prognose dos especialistas e a capacidade de elaboração, vontade de ação e velocidade de reação da administração encarregada de prevenir os riscos.*”[\[16\]](#)

Na era dos riscos, as normas típicas da prevenção clássica mostram-se ineficazes e as produzidas pela dogmática jurídica mais recente[\[17\]](#) demonstram sua deficiência na disciplina de novas demandas. Assim, assiste-se à ressurreição do Estado policial ou de segurança, através de práticas e discursos de transformação nas liberdades constitucionais, relativizadas em prol de uma proteção exacerbada da “segurança” – numa idéia de retorno ao passado – contra infortúnios como atentados terroristas, acidentes nucleares, crises econômicas, fenômenos naturais, etc.

Resumindo essa retórica da segurança, Robert Castel afirma que um Estado unicamente voltado para tal mote simboliza “*uma contradição entre o exercício de uma autoridade sem falha, restaurando a figura do Estado-polícia para assegurar a segurança civil, e*

um laxismo em face das conseqüências de um liberalismo econômico que alimenta a insegurança social.”[\[18\]](#)

Ao invés de se tentar regular a sociedade numa abordagem retrospectiva, a atual conjuntura demonstra que é preciso fazê-lo de forma prospectiva; portanto, com análises prognósticas do cada vez mais incerto e imprevisível devir social. Num momento em que o direito, definitivamente, não acompanha o ritmo de mudanças aceleradas da sociedade e não disciplina adequadamente os seus desdobramentos, impõe-se a necessidade da sua re-adequação.

Nas décadas de 1970 e 1980, Ulrich Beck[\[19\]](#) e Niklas Luhmann[\[20\]](#) identificaram um novo marco nos estudos sobre os temas sociedade, política e direito. Em tempos de globalizações, fatores como a imprevisibilidade, a instabilidade, a incerteza e a insegurança, contribuíram para a constatação que era preciso promover a revisão/superação de uma série de instrumentais teóricos, para se compreender adequadamente o funcionamento da racionalidade humana, em processos sociais jamais vivenciados com tamanha freqüência e intensidade. Cientes disso, tais autores conceberam as suas teorias da sociedade do risco e da sociologia do risco, respectivamente.

A exasperação da sociedade industrial e do advento de um novo modelo de relações sociais pode ser ilustrada por acontecimentos até então pouco previsíveis, como o acidente nuclear da usina de Chernobyl, ocorrido poucos meses após a publicação da obra mais famosa do sociólogo Ulrich Beck[\[21\]](#), que formulou a sua “teoria da sociedade de risco”. Esta envolve uma espécie de conceito auto-crítico (ou auto-reflexivo), que visa a conferir um certo grau de previsibilidade e calculabilidade a eventos futuros e incertos, inalcançáveis através das ferramentas tradicionais da – por ele chamada – “primeira modernidade”[\[22\]](#). Na definição de Beck, risco “*é a aproximação moderna para se prever e controlar as conseqüências futuras da ação humana, as várias conseqüências não pretendidas de modernização radicalizada. É uma tentativa (institucionalizada), um mapa cognitivo, para se colonizar o futuro*”.[\[23\]](#)

Beck aponta oito elementos como a espinha dorsal da sua teoria da sociedade do risco:

“(1) riscos não se referem a danos incorridos; (2) o conceito de risco reverte o relacionamento entre passado, presente e futuro. O passado perde seu poder para determinar o presente; (3) as demonstrações do risco não são unicamente nem factuais nem provenientes de declarações de valor; (4) controle e falta de controle como expressado na incerteza manufaturada; (5) o conceito contemporâneo de risco associado com a sociedade de risco e a incerteza manufaturada se refere à síntese peculiar entre conhecimento e inconsciência; riscos somente sugerem o que não deveria ser feito, não o que deveria; (6) os novos tipos de riscos são simultaneamente de ordem local e global, ou “glocal”; (7) riscos são ao mesmo tempo ‘reais’ e constituídos pela percepção e construção social; quanto menos os riscos são publicamente reconhecidos, mais eles são produzidos; (8) a noção de sociedade mundial do risco é pertinente para um mundo que pode ser caracterizado pela perda de uma distinção clara entre natureza e cultura”.[\[24\]](#)

Em conjunto com Niklas Luhmann, Raffaele de Giorgi fundou o *Centro degli Studi sul Rischio*[25], na Università di Lecce (Itália), para desenvolver pesquisas interdisciplinares sócio-jurídicas, acerca dos desdobramentos e dos possíveis mecanismos de tratamento do risco, enquanto nova forma de percepção (prospectiva) do tempo. A partir dessa experiência, os autores produziram diversas obras, conferindo uma nova abordagem à questão do risco, que inverte a lógica, até então vigente, da perspectiva de análises sobre eventos futuros.

Calcada no elemento “segurança” e voltada para o passado, na busca de um norte previamente planejado, a ser adotado no presente, para se vivenciar com estabilidade um futuro dotado previsibilidade, a vertente clássica da modernidade vinha sendo manejada, desde o século XVII, com respaldo em diversos ramos do conhecimento humano. Reconhecida a importância dos eventos pretéritos, a “sociologia do risco” de Luhmann e De Giorgi rompe com a lógica anterior e utiliza o conceito de risco como instrumental para constituir vínculos entre a atual sociedade complexa e o cada vez mais incerto futuro, considerando indispensáveis os processos deliberativos para um mínimo controle sobre os danos a devir[26].

Raffaele de Giorgi apresenta a seguinte síntese sistemática sobre a categoria “risco”:

“O risco é uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade. (...) O risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna, e tampouco o resultado perverso do trabalho da característica das decisões, uma modalidade da construção estruturas através do necessário tratamento das contingências. (...) O risco baseia-se na suportabilidade, na aceitação e não na certeza das próprias expectativas: por isso, os riscos não podem ser transformados em direito, ainda, que possam ser monetarizados. O risco sobrecarrega o direito: trata-se, no entanto, de estratégias de retardamento do risco, não de estratégias que evitam o risco”.[27]

Há consenso entre Luhmann e De Giorgi quanto ao abandono da idéia de segurança, em contraposição à de risco, pela inutilidade daquela para a compreensão do futuro conforme as decisões do presente. Como têm demonstrado as medidas adotadas nos últimos tempos, mundo afora, para a contenção de “situações de emergência”, quanto mais segurança for invocada, maior será a insegurança e a incerteza[28], pois através da segurança “*não se enxerga que o tempo da política é o tempo presente, e que o tempo da complexidade é o tempo da simultaneidade, que, por sua vez, é sempre o presente. O tempo de decisão é o presente.*”[29]

A díade segurança/risco (*Sicherheit/Risiko*) é substituída pela dicotomia perigo/risco (*Gefahr/Risiko*)[30], de modo que, enquanto “perigo” representa os danos produzidos por fatores externos, a categoria “risco” simboliza os danos gerados por decisões que apreciam perigos[31]. Para explicar essa dualidade, De Giorgi utiliza a “metáfora da

chuva”[32]: mesmo nos dias em que o sol brilha efusivamente, existe a possibilidade de chover, o que surpreenderia os desprevenidos que deixaram suas casas sem portar um guarda-chuva. Diante da chuva (fator externo), há o perigo que alguém se encharque e, conseqüentemente, fique doente (dano). No entanto, através da tomada de uma decisão (apreciação do risco), no momento do temporal (presente), a pessoa poderá evitar esse dano ao escolher uma alternativa.

Isto é, enquanto os perigos são incertos quanto ao momento da sua ocorrência, sendo evitáveis os danos por eles criados, os riscos serão produzidos para controlá-los, quando da sua manifestação, sendo, portanto, inevitáveis e meramente administráveis. De Giorgi aborda a diáde perigo/risco da seguinte forma:

“O risco, então, é um caractere estrutural da complexidade da sociedade moderna, da sua temporalização, da simbiose com o futuro, do perfil paradoxal do presente, da ecologia do não-saber. O risco dos modernos não tem a ver com o perigo dos antigos. O risco dos modernos expande o potencial das decisões, duplica a possibilidade de escolha, racionaliza a incerteza, no sentido em que permite ativar mecanismos da sua assimilação, bifurca os caminhos do agir possível e duplica as suas bifurcações. As alternativas se multiplicam e, em relação ao futuro, este próprio é racional.”[33]

Com respaldo nessas formulações teóricas, diversas transformações tem ocorrido no âmbito do direito, especialmente nas searas do Direito Ambiental e dos direitos fundamentais, que serão adiante exploradas.

5. Os reflexos da sociedade do risco sobre o direito: os casos do Direito Ambiental e dos direitos fundamentais

Com base nos fenômenos antes apresentados, surgiu uma série de exigências que demandam a adoção de medidas imediatas nas searas da política e do direito, para se estabelecer novas estratégias jurídicas perante acontecimentos sociais e naturais, antes imprevisíveis na ótica da categoria “segurança”. Nesse sentido, a produção de normas jurídicas passou a ter duas pautas: a primeira, caracterizada por um processo pulverização e tecnicização das decisões, que envolve a chamada “deslegalização” das normas jurídicas; e a segunda, identificada pela atribuição de responsabilidades, ao Estado e aos particulares, pela produção de danos.

Nessa esteira, a legislação infra-constitucional incorporou tais elementos a diversos ramos do ordenamento jurídico, através de novas categorias: no Direito Penal foram instituídos os crimes de perigo abstrato; e no Direito Civil e no Direito Administrativo foram desenvolvidas as teorias da responsabilidade objetiva e do risco administrativo.

5.1. O Direito Ambiental na sociedade do risco: o caso do direito difuso ao meio ambiente saudável

O Direito Ambiental consiste numa disciplina jurídica recente e de natureza híbrida, pois congrega características do Direito Público e do Direito Privado. Basicamente, visa a conferir um tratamento jurídico às relações entre o homem e a natureza, que, na modernidade, são representadas pela figura do “homo faber”, símbolo de uma organização social calcada na dominação da natureza pelo homem, que dela extrai riquezas e a transforma produzindo trabalho. Como as conseqüências das perenes modificações na natureza são infinitas, o direito tenta disciplinar as suas relações com o homem em uma disciplina específica, o Direito Ambiental.

Apesar de ter como fontes diretas outros ramos do direito – principalmente o Civil e o Administrativo –, o Direito Ambiental possui uma dogmática própria, com institutos e princípios como os da precaução, da prevenção e do poluidor pagador[34]. No plano da reflexão teórica, algumas novas abordagens têm sido conferidas ao Direito Ambiental: (i) a da vertente constitucionalista (“Direito Ambiental Constitucional”)[35]; (ii) a da análise econômica do direito[36]; e (iii) a da teoria da justiça (“justiça sócio-ambiental”)[37].

Como adiantado na introdução deste trabalho, será aqui adotada uma análise sociológica, no marco do Direito Ambiental na sociedade do risco, que denota diversas tendências contemporâneas: os novos mecanismos de flexibilidade para mensuração dos danos na responsabilidade civil; os processos judiciais coletivos; os movimentos sociais ecológicos; a politização do direito e do Judiciário; a equidade intergeracional; as externalidades ambientais negativas; o princípio *in dubio pro ambiente*, etc.

A doutrina jurídica ambientalista costuma tratar o meio ambiente como macro bem (direito difuso) e micro bem (compartimentações estritas: flora, fauna, rios, lagos, etc.), cuja titularidade não é caracterizada, variando no tempo e no espaço[38]. A primeira vertente, que será explorada neste trabalho, foi erigida ao patamar de direito fundamental, como direito difuso ao meio ambiente saudável/sustentável, com previsão normativa no art. 225, da Constituição de 1988. Esse direito é considerado numa dupla dimensão, negativa e positiva, impondo ao Estado um duplo dever: abstenção de condutas que possam degradá-lo e promoção de medidas concretas para protegê-lo. Trata-se de um direito de titularidade indeterminada e passível de exigibilidade judicial, sendo legitimados para a sua tutela, além dos órgãos do Executivo, o Ministério Público e as associações civis, na forma da Lei nº 7.347/85.

Como desdobramento dos valores irradiados por esse direito, institutos jurídicos conexos têm sido reformulados, destacando-se os seguintes: (i) a “função social ecológica”[39], como forma de harmonização entre o bem comum e os interesses individuais; (ii) a “função social ambiental”, como parâmetro para se definir a alocação de bens a que as pessoas teriam como dever de justiça; e (iii) a função sócio-ambiental da propriedade – posse provisória (Lei 9785/99) e posse-trabalho (1228, §4º, do Código Civil) –, que reduziria a exclusão social como obstáculo à sustentabilidade.

No paradigma do Direito da Cidade, o Direito Ambiental assume os contornos de um Direito Ambiental das Cidades, cujo símbolo principal é o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), notabilizado pela sua forte ênfase na gestão democrática e nas práticas deliberativas envolvendo as reivindicações da sociedade civil (movimentos sociais, ONGs, etc.), que fiscaliza a atuação do Estado. Como desdobramento dessa noção, tem sido desenvolvida a de “cidade sustentável”[40], que apresenta alguns princípios para uma gestão das cidades adequada ao meio ambiente sustentável: limites ambientais, gestão da procura, eficácia ambiental e equidade.

5.2. Os direitos sociais na sociedade do risco: o caso do direito à moradia

Independentemente do ponto de vista teórico/ideológico adotado quanto às fontes e à formação dos direitos fundamentais, não há divergência quanto ao seu reconhecimento normativo pelas principais constituições ocidentais do período pós-1945, quando se iniciou um amplo movimento de constitucionalização de valores, inclusive os relativos à justiça social[41].

Após meio século da deflagração desse processo de avanços nas liberdades públicas e privadas, os direitos fundamentais contextualizam-se num cenário completamente diverso. Apesar de positivados nos textos constitucionais, têm enfrentado uma série de atentados, em diversos flancos, que geraram grandes ondas de estagnações e retrocessos.

Num contexto tido como de “emergência” e “exceção”, governantes têm invocado a necessidade de relativização das liberdades clássicas dos cidadãos, alegadamente, em prol de mais “segurança”, entendida como proteção de todos contra todos, no mais fidedigno modelo absolutista hobbesiano. Paralelamente, identifica-se uma postura de inércia quanto aos direitos sociais, que, embora formalmente previstos nas constituições, são inviabilizá-los na prática. Esse é o caso do Brasil, que denota um uso simbólico dos direitos sociais, restringidos pelas vias econômica e política, diante do fracasso da tentativa de supressão jurídica[42].

Os direitos fundamentais sociais – enquanto categoria jurídica formulada no passado e ainda passível de concretização no presente – deparam-se com grandes desafios e somente poderão ser efetivamente concretizados se concebidos no paradigma da sociedade do risco. Caso se compreenda o direito e, especificamente, os direitos fundamentais, no sentido do progresso rumo à justiça social, não se deve mais trabalhar com o instrumental da “segurança”.

Enquanto a “segurança” limita-se a conter o novo e preservar o já existente, a categoria “risco” oferece elementos viáveis para a permanente atualização dos direitos sociais em face dos “perigos” que o seu perene déficit de efetivação acarreta à maioria dos cidadãos e a simples mirada para o passado não consegue resolver: exclusão social, desigualdade de renda, altos índices de desemprego, condições insalubres de trabalho, pobreza extremada, desnutrição proliferada, baixo grau de educação e precariedade em matéria de saúde, habitação, etc.

Permitindo a garantia desses direitos voltados para o avanço social, numa abordagem prospectiva de justificação e efetivação a partir do presente, o “risco” denota as decisões a serem tomadas democraticamente, na atualidade, para adequar o presente às demandas do futuro. Para tanto, é preciso inicialmente garantir os direitos sociais – numa estratégia de defesa das conquistas do passado –, com a sua legitimação no paradigma atual da sociedade do risco e do Estado Democrático de Direito, cujas estruturas determinam uma releitura desses direitos.

As dimensões de direitos referentes às tradições liberal e social têm sido concebidas em relações de interdependência e unidade[43]. Assim, os direitos sociais devem ser compreendidos numa nova realidade, a do paradigma da sociedade do risco, assentando a sua justificação enquanto condição indispensável para a formação da democracia participativa (alternativa à meramente representativa) e para a efetivação da justiça social.

Apesar das modificações no conteúdo e na forma das normas jurídicas, a maior contribuição do advento da sociedade do risco para o direito consiste na ênfase que atribui ao permanente processo decisório na sociedade, ou seja, aos procedimentos de elaboração de um remodelado regramento jurídico em face de novas demandas. Como já afirmamos outrora:

“a simples existência de normas constitucionais que consagrem direitos sociais de cidadania não garante a sua conseqüente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios”[44]

Com base na idéia que o risco pressupõe e depende de decisões[45], há de se examinar os fóruns e os mecanismos de deliberação atualmente existentes para se lidar com ele. Para tanto, é emblemático o caso do direito social à moradia[46], pois se alinha com as diretrizes desse processo.

Na era da sociedade do risco, as questões ligadas à moradia vêm sofrendo perenes transformações. Diante de fatores como a desterritorialização do trabalho, é grande a mobilidade de pessoas em fluxos migratórios, inclusive mundiais, que vêm rotulando esses sujeitos como “desplazados”. No atual contexto, em que prevalece a informalidade do trabalho, é a maior dificuldade em se adquirir a propriedade um imóvel que garantir a sua posse, pois, além das barreiras econômicas, os programas de financiamento exigem vínculos trabalhistas.

Após doze anos de vigência da Constituição Federal de 1988, como resultado de um amplo processo de reivindicações da sociedade civil (especialmente do Fórum Nacional da Reforma Urbana), a Emenda nº 26/2000 inseriu o direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais (art. 6º). Posteriormente, foram editados importantes instrumentos normativos, como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), a Medida Provisória 2.220/01 e a Lei nº 11481/07, que permitiram uma progressiva ampliação da sua efetividade, com uma crescente justiciabilidade[47].

Em sua aplicação, esse direito fundamental é considerado numa dupla perspectiva, de defesa e prestacional. Esta impõe ao Estado um dever de se abster em violá-lo (deixando de interferir, injustificadamente, na moradia dos cidadãos) e, simultaneamente, de viabilizar a sua efetivação (ampliando o acesso dos cidadãos a uma moradia digna).

Assim, o direito à moradia possui dois âmbitos de materialização: (i) privado: em relações jurídicas patrimoniais/negociais, como no regime de locações, costuma-se invocar o instituto da impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8009/90) como proteção à moradia; e (ii) público: em reivindicações apresentadas ao Estado para a promoção de políticas públicas para a habitação, ou em conflitos com outros direitos fundamentais, como direito ao meio ambiente, sendo exemplos as ocupações irregulares realizadas, tanto por *resorts* residenciais, como por favelas.

6. Espaços decisórios, atores sociais e mecanismos a serem explorados para o tratamento dos conflitos sócio-ambientais na sociedade do risco

Fundamentada a possibilidade de coexistência, no marco da complementaridade, do direito social à moradia e do direito ao meio ambiente saudável, na perspectiva da cidade sustentável, cumpre examinar os espaços para se buscar a minimização dos riscos sociais.

Nesse sentido, cabe aqui retomar e desenvolver a premissa da centralidade dos processos decisórios no tratamento e na produção dos riscos. Como se pode inferir dessa idéia, há uma relação direta dos riscos com a democracia, o que torna necessário aclarar a compreensão que se tem sobre esta, enquanto pano de fundo e elemento integrante da formação dos riscos.

Muito se fala sobre as crises da democracia real e a sua crescente discrepância em relação aos modelos de democracia ideal. Assim, formula-se uma tradicional pergunta: “qual o futuro da democracia?” No afã de resolver essa questão, teóricos têm proposto modelos normativos de democracia, que serviriam como alternativa para a insuficiência do regime democrático, ora vigente, e o cumprimento satisfatório das chamadas “promessas da democracia moderna”[\[48\]](#).

A democracia deve ser concebida como uma aquisição evolutiva – “*continuamente submetida aos riscos inerentes ao tratamento político da complexidade*”[\[49\]](#) –, a ser construída no dia a dia, diante das demandas do presente, para desenvolver e ampliar sucessivos processos de deliberação popular através da sua organização, da formação dos seus participantes e da proliferação dos seus âmbitos de decisão.

A própria democracia pode ser compreendida como um risco, pois envolve eventos futuros e incertos, e como mecanismo de produção e controle de outros riscos. Eis o motivo da centralidade da noção de “processo decisório”. Assim, no exame das arenas e dos sujeitos responsáveis pela tomada de decisões que produzem riscos, em específico os de caráter social, há de se ter sempre claro que esse processo (i) deverá ser pautado

por uma idéia de tolerância, (ii) terá como resultado dois comportamentos: aceitação ou rejeição do risco; e (iii) nem sempre a decisão dos juristas será a mais adequada.

Isto assentado, cumpre agora apresentar os espaços onde se delibera e os sujeitos que decidem sobre a produção de riscos sociais, o que proporcionará a visualização de mecanismos para a promoção dos direitos sociais e ambientais no paradigma da sociedade do risco:

Poder Judiciário: com a crise da democracia representativa, esse ator/espaço vem ganhando muita ênfase na arena decisória do Estado, recebendo demandas que tradicionalmente eram encaminhadas aos representantes eleitos pelo povo. Com isso, desenvolveu-se o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais[50]. Nesse sentido, houve uma série de avanços na hermenêutica jurídica para se tentar conferir novas abordagens a temas relativos aos direitos fundamentais, como a sua apreciação no controle de constitucionalidade e em demandas individuais e coletivas, bem como a possibilidade de um controle judicial do orçamento estatal e de políticas públicas. Esse movimento é marcado pela retomada da interpenetração entre direito e política no espaço da constituição, o que permite a construção de um caminho dialógico pautado pela abertura constitucional e sua ampliação participativa, deliberativa e argumentativa. Assim, dois instrumentos se destacam na apreciação dos riscos sociais nos tribunais: (i) a produção de prognoses através de parâmetros democráticos e racionais de interpretação; e (ii) os princípios da obrigação de progressividade social e vedação ao retrocesso social.

Poder Legislativo: por questões de (i) legitimidade democrática, o Judiciário não deve figurar como protagonista em processos de decisão sobre riscos sociais, e pode fugir à responsabilidade pela tomada de certas decisões, ao rejeitar alguns riscos. Assim, reafirma-se a importância da recuperação da credibilidade das instituições políticas representativas, numa ampliação da democracia para níveis participativos e deliberativos, que possa avançar na elaboração de leis – consentâneas com a vontade e as demandas da população – eficazes para a concretização dos direitos fundamentais e o controle da atuação do Executivo nesse mister. Nesse sentido, é importante a crescente representatividade de diversos grupos sociais, através de parlamentares comprometidos com as suas bandeiras/demandas.

Poder Executivo: num processo de tecnicização das normas jurídicas, foram criadas as Agências Reguladoras, para produzirem regramentos técnico-jurídicos específicos e adequados ao dinamismo e à complexidade do mercado. Servindo-se da chamada “deslegalização”, a Administração Pública passou a invocar para si a tarefa de disciplinar uma série de situações, que envolvem diversos riscos. Paralelamente, arvorando-se no caráter subjetivo da discricionariedade administrativa, o Executivo persiste em se omitir na implementação de políticas públicas sociais universais, optando pelas setoriais/focalizadas. Para reverter esse quadro, dispõe de importantes instrumentos de interação com a sociedade civil – como o orçamento participativo e fóruns de discussões populares –, aptos para a aplicação de medidas de caráter emergencial (como as ações afirmativas, os programas de renda mínima, de créditos educacionais, etc.) e de longo prazo, para a inclusão social e a distribuição da riqueza.

Espaço público: na sociedade do risco, as decisões acerca da efetivação de direitos fundamentais e da produção de riscos sociais não se concentram apenas na figura do

Estado. O chamado “espaço público” assume papel de relevância e figura como uma nova arena de debates políticos, que, em razão da insuficiência das estruturas e instituições representativas tradicionais, viabiliza a participação política dos movimentos sociais e entidades da sociedade civil organizada, proporcionando o surgimento de novas arenas de decisão para-estatais. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos formulou a noção de “espaço público não estatal”, para representar o advento de uma nova cultura política de ampliação e ativação da cidadania, mediante uma conjugação do “princípio do estado” com o “princípio da comunidade”. A noção de “espaço público não estatal” representa uma revalorização e um alargamento da política para além da distinção liberal entre sociedade civil e Estado, sendo que este “*é o articulador e (...) integra um conjunto híbrido de fluxos, redes e organizações em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não estatais, nacionais, locais e globais*”^[51]. Nesse ambiente, a cidadania ganha força e novos sujeitos assumem a responsabilidade de reivindicar, perante o Estado, a elaboração e implementação de políticas públicas.

7. Considerações finais

A partir da análise do conflito sócio-ambiental no Jardim Botânico, buscou-se demonstrar duas hipóteses perante o quadro jurídico e social atualmente delineado no Brasil. Exposto o pano de fundo teórico e social dessa modalidade de conflitos no período contemporâneo, cabe agora retomar os eixos de problematização do item 2.3, para apresentar os resultados desta pesquisa.

(I) Em termos normativos e teóricos, os direitos à moradia e ao meio ambiente sustentável são complementares, podendo haver conflitos em casos concretos e polarização entre os interesses de certos indivíduos e os da coletividade. Mesmo nessa hipótese, não há de se falar, necessariamente, na prevalência de um sobre o outro, cabendo ao Estado garanti-los e promovê-los harmonicamente. O processo brasileiro de formação social é caracterizado pelo seu estadocentrismo, o que, somado à insuficiência do modelo de racionalidade da segurança, implica na necessidade de uma abertura dos processos decisórios para a sociedade civil, a serem norteados pela noção de riscos sociais.

(II) Além do Estado, representado por seus órgãos e instituições (polícia, magistratura, procuradorias, etc.), são centrais os seguintes atores sociais: cidadãos afetados pelo conflito, militantes em direitos humanos, advogados e movimentos sociais. As posturas desses sujeitos variam de acordo com a pressão social exercida: (i) bom senso: um magistrado revogou uma ordem de reintegração de posse, diante do exercício do (ii) direito de resistência pelos moradores, que se recusaram a cumprir decisão judicial de desocupação das áreas das suas moradias, o que consiste em exercício da cidadania, conforme o Estado de Direito.

(III) No caso do Jardim Botânico, não há conflito entre o interesse público e os dos cidadãos moradores da região, evidenciando-se um interesse estatal patrimonial, aparentemente camuflado de interesse ambiental, à proteção da sua propriedade em

relação à posse dos moradores. Uma postura de superação da concepção individualista dos direitos humanos não implica, necessariamente, em se privilegiar os direitos difusos em relação aos individuais e coletivos, devendo ser buscada uma confluência entre o interesse público e os direitos de cidadania, expressada pela complementaridade do direito difuso ao meio ambiente com os demais direitos fundamentais, como o direito social à moradia.

(IV) Num conflito sócio-ambiental como o do Jardim Botânico, ao contrário de se buscar, perante o Poder Judiciário, a expedição de uma ordem coercitiva para a remoção compulsória dos cidadãos (única medida possível nesta via), a solução mais adequada é a abertura de um diálogo do poder público com representações de todos os envolvidos, como se tentou fazer com a formação da comissão interministerial da SPU. Esta, por sua vez, não é suficiente, pois, apesar de ter determinado a suspensão dos processos judiciais, é desprovida de representatividade da sociedade civil e dos moradores envolvidos. Geralmente, o poder público fica em posição vantajosa em relação aos cidadãos, em razão do seu poder de império. Assim, devem ser implementados e ampliados fóruns permanentes de deliberação, entrelaçando-se o Estado e os representantes da sociedade civil.

Não há soluções definitivas para o tema, devendo-se identificar os problemas que ele acarreta e apontar os possíveis caminhos e instrumentos existentes conforme o paradigma atual da teoria e das instituições jurídicas. No atual ritmo de mudanças sociais, não se deve esquecer que, ao lado de novas demandas, ainda há questões pretéritas que persistem sem solução, através da utilização do instrumental jurídico tradicional.

Paralelamente ao processo de incorporação de novas demandas sociais, devem ser superadas as suas dificuldades de efetivação, com um enfoque especial na tomada de decisões. Por um lado, o Judiciário aparece como uma miragem, que demonstra aptidão técnica e especializada para o tratamento de demandas inéditas e já conhecidas (porém, não resolvidas) pelo Legislativo e/ou pelo Executivo. Por outro, revela-se um canal limitado à resolução de certos casos extremos e de caráter emergencial, que envolvem apenas os poucos cidadãos e grupos sociais que são demandados ou podem recorrer a ele.

Para a correta compreensão dos conflitos sócio-ambientais na sociedade do risco, é preciso conjugar um forte impulso numa deliberação democrática fundada na promoção simultânea da soberania popular e dos direitos humanos. Assim, fatalmente ter-se-á uma revitalização da participação política, fortificada com o elemento discursivo, que permitirá a prevalência da real vontade popular e um controle sobre as ações estatais por parte da sociedade.

8. Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, M. J. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

BECK, Ulrich. El final de los otros. In: *El país*. Cuaderno Opinión, 07/fev, 2005, pp. 13/14.

_____. Toward a New Critical Theory with a Cosmopolitan Intent. In: *Constellations*, Oxford/Mass.: Blackwell Publishers, v. 10, n.º 4, dec., 2003, pp. 453/468.

_____. *World risk society*. Malden: Blackwell Publishers, 2001.

_____. Teoría de la sociedad del riesgo. In: BERIAIN, Josetxo (Org). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996, pp. 201/222.

_____. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1986.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais: um enfoque político e social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 177/205.

_____. A circulação jurídica dos direitos sociais: um movimento de alternância constitucional, internacional e supranacional. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz. (Org.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 93/122.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CARRERA, Francisco. *Cidade sustentável: utopia ou realidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTEL, Robert. *A insegurança social: o que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.

COSTA, Heloisa S. de Moura; BRAGA, Tania Moreira. Entre a conciliação e o conflito: dilemas para o planejamento e a gestão urbana e ambiental. In: ACSELRAD, Henri (Org.). *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: R. Dumará, 2004, pp. 195/216.

DE GIORGI, Raffaele. *Il diritto nella società del rischio*. Mimeo, 2005.

_____. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Safe, 1998.

DENNINGER, Erhard. 'Security, Diversity and Solidarity' instead of 'Freedom, Equality and Fraternity'. In: *Constellations*. Oxford/Mass.: Blackwell Publishers, v. 7, n.º 4, 2000.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao meio ambiente e propriedade privada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad. de Ignacio G. Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. e II. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe. (Orgs.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pp. 67/82.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: B. Mondadori, 1996.

_____. El concepto de riesgo. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996, pp. 123/154.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Risco. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, pp. 734/738.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO: SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. *Relatório Comissão Interministerial*. Extraído do processo nº 90.0049294-7, em trâmite na 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, pp. 293/318.

MOTA, Maurício. O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas. In: *Revista de Direito da Cidade*. UERJ. Rio de Janeiro: HARBRA, v. 01, nº 02, nov., 2006, pp. 203/229.

RISKY business. *Time*, n.º 04, July, 2003, pp. 40/48.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política*. São Paulo: Cortez, 2006

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2004.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge University Press, 2005.

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 22/07/2008.

* Doutorando em Direito da Cidade (UERJ), Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio); Professor de Direito Constitucional da FND/UFRJ; Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial da UCAM; e editor do Site Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br).

[1] ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, M. J. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 09/43.

[2] Cf. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO: SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. *Relatório Comissão Interministerial*. Extraído do processo nº 90.0049294-7, em trâmite na 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, pp. 293/318. Para o histórico dos conflitos em análise, vale conferir trecho desse documento: “*A questão fundiária do que hoje é conhecido como Instituto de Pesquisa Jardim Botânico iniciou-se com a fundação em 1596 do 'Engenho de Nossa Senhora da Conceição da Lagoa' de propriedade de Diogo de Amorim Soares. Em 1660 a propriedade foi adquirida por Rodrigo de Freitas Melo e Castro (que deu nome a atual Lagoa Rodrigo de Freitas). Com a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil, D. João VI resolveu desapropriar o engenho de Rodrigo de Freitas para a criação da Fábrica de Pólvora. Em 13 de maio e 13 de junho de 1808 o regente criou a fábrica de pólvora e desapropriou as terras do engenho. No antigo engenho existiam moradores e lavradores que residiam no local e muitos se recusaram a sair. Sendo este o início da questão fundiária no Jardim Botânico. Em 18 de julho de 1811 o Príncipe Regente determinou a desapropriação de inúmeros moradores da – agora – fábrica de pólvora, para que fossem instaladas residências para os trabalhadores da referida fábrica. Assim, inúmeras vilas foram erguidas para que os trabalhadores pudessem residir próximo ao trabalho (considerando que a área era rural e de difícil acesso). Esta é a origem da segunda grande causa dos problemas fundiários do Jardim até a presente data e a origem das casas que foram objeto de cessão. O próprio D. João trouxe vários espécimes de plantas para serem plantadas no jardim do presidente da fábrica o que originou o atual Jardim Botânico. Com a transferência em 1826 da fábrica de pólvora para a serra de Petrópolis, a área foi desmembrada e alienada inúmeras chácaras, política que prosseguiu até a República, dando origem aos bairros da Lagoa, Ipanema, Leblon, Gávea, Jardim Botânico e parte de Botafogo, ou seja, pedaço substancial da Zona Sul do Rio de Janeiro. (...) Com relação às casas dos antigos empregados da fábrica de pólvora, muitas delas foram cedidas para funcionários do Jardim Botânico, outras são ocupadas por pesquisadores atendendo a atividade fim da Autarquia e outras ocupadas por descendentes de funcionários. Existem ainda algumas regiões em que existe ocupação irregular. Centenas de ações de Reintegração de Posse foram propostas em face dos atuais moradores algumas delas com trânsito em julgado e a maioria em curso. Estima-se que existem 3.000 moradores e cerca de 590 famílias residindo no local, segundo último cadastramento. A situação é, portanto, de natureza social, dominial com tratamento ambiental”.*

[3] Idem, Ibidem, p. 294 (p. 2 do Relatório).

[4] Idem, Ibidem, p. 299 (p. 7 do Relatório).

[5] 1- Caxinguelê (59 famílias); 2- Morro das Margaridas (40 famílias); 3- Estrada do Grotão (117 famílias); 4- Vila São Jorge I (24 famílias); 5- Vila São Jorge II (17 famílias); 6- Rua Pacheco Leão (165 famílias); 7- Solar da Imperatriz - Rua Pacheco

Leão nº 2040 (60 famílias); 8- Estrada Dona Castorina (40 famílias); 9- Rua Jardim Botânico nº 1.008 (7 famílias); 10- Jardim Botânico nº 1.024 (16 famílias); 11- R. Major Rubens Vaz nº 64 (20 famílias); 12- R. Major Rubens Vaz nº 122 (24 famílias). Cf. Id., Ib.

[6] Id. Ib., p. 299.

[7] De acordo com a Lei nº 11.709/08, o salário mínimo nacional monta em R\$415,00. Assim, a maioria dos moradores (76,1%) das áreas objeto do litígio em questão possui renda familiar de até R\$2.490,00.

[8] Súmula 340 STF: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

[9] MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO..., *Op. cit.*, pp. 08 e 09 (pp. 300 e 301 do processo).

[10] 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 22/07/2008.

[11] MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO..., *Op. cit.*, pp. 13 e 14 (pp. 305 e 306 do processo).

[12] Por todos, HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.

[13] DENNINGER, Erhard. “‘Security, Diversity and Solidarity’ instead of ‘Freedom, Equality and Fraternity’”. In: *Constellations*. Oxford/Massachusetts: Blackwell Publishers, v. 7, n.º 4, 2000.

[14] Em 26/12/2004, duas “tsunami” (ondas gigantes formadas por tremores no subsolo marítimo) devastaram o sudeste asiático, especificamente a Indonésia, e causaram a morte de mais de duzentas mil pessoas e a destruição de cidades inteiras. Cf. BECK, Ulrich. “El final de los otros”. In: *El país*. Cuaderno Opinión, 07/fev, 2005, pp. 13/14.

[15] ACKERMAN, Bruce. *Morning after the next attack: emergency power in an age of terrorism*. Yale: Yale Univ. Press, 2006; AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004; BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1986; LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Milano: Bruno M., 1996; e DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Safe, 1998.

[16] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 176. Vale salientar que Habermas não diferencia as categorias “perigo” e “risco”.

[17] Cass Sunstein critica o *Precautionary Principle*, que tem sido utilizado para se justificar medidas – como a “guerra preventiva” (*preemptive war*), deflagrada em 2003 contra o Iraque – de cunho antecipatório, que visam a evitar perigos e eliminar medos,

mesmo em detrimento do respeito a direitos e garantias dos cidadãos. Segundo Sunstein, essas práticas aumentam ainda mais os diversos tipos riscos, especialmente o do terrorismo. SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Univ. Press, 2005, pp. 35/64 e 224/226.

[18] CASTEL, Robert. *A insegurança social: o que é ser protegido?* Petrópolis/RJ: Vozes, 2005, p. 58.

[19] A obra de Ulrich Beck sobre a teoria da sociedade do risco é dividida em duas etapas. Na primeira, abre espaço para a temática na sua obra mais famosa: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Na segunda, dá continuidade ao tema, desenvolvendo novas análises através de alguns artigos – dentre eles: “Teoría de la sociedad del riesgo” – e, mais recentemente, aprimora suas idéias na obra *World risk society* e no artigo “Toward a New Critical Theory with a Cosmopolitan Intent”, onde desenvolve a questão do risco através da perspectiva de uma cidadania global e enfoca questões atinentes ao meio ambiente e ao sistema econômico.

[20] A temática que envolve a teoria do risco ocupa um espaço específico e recentemente explorado na vasta produção literária de Niklas Luhmann. Seu principal trabalho a respeito é *Sociologia del rischio*.

[21] BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1986.

[22] Nesse sentido, Beck aduz que “*A questão principal consiste em como tomar decisões sob condições de incerteza manufaturada, onde não somente o conhecimento-base é incompleto, porém mais e melhor conhecimento muitas vezes significa mais incerteza. (...) a sociedade mundial de risco é o oposto de uma ‘constelação pós-moderna’, é auto-crítica, é uma sociedade altamente política em um novo sentido: o diálogo transnacional da política e da democracia – talvez até da sociologia – tem que ser reinventado.*” BECK, Ulrich. *Op. cit.*, pp. 06 e 08: “*The main question is how to take decisions under conditions of manufactured uncertainty, where not only is the knowledgebase incomplete, but more and better knowledge often means more uncertainty. (...) the World Risk Society is the opposite of a ‘postmodern constellation’, it is a self-critical, highly political society in a new sense: the transnational dialogue of politics and democracy – perhaps even sociology – has to be reinvented.*”.

[23] BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 03: “*Risk is the modern approach to foresee and control the future consequences of human action, the various unintended consequences of radicalized modernization. It is an (institutionalized) attempt, a cognitive map, to colonize the future.*”

[24] Idem, *Ibidem*, pp. 135/147: “*(1) risks do not refer to damages incurred; (2) the concept of risk reverses the relationship of past, presente and future. The past loses its power to determine the present; (3) risk statements are neither only factual nor only value statements; (4) control and lack of control as expressed in manufactured uncertainty; (5) the contemporary concept of risk associated with risk society and manufactured uncertainty refers to a peculiar synthesis of knowledge and unawareness; risks only suggest what should not be done, not what should be done; (6) the new types of risks are simultaneously local and global, or ‘glocal’; (7) risks are at the same time*

'real' and constituted by social perception and construction; the less risks are publicly recognized, the more risks are produced; (8) the notion of world risk society is pertinent to a world which can be characterized by the loss of clear distinction between nature and culture."

[25] Sobre a pauta de formação e funcionamento do referido Centro de Estudos sobre Risco, que já foi integrado por muitos professores brasileiros, confira-se: DE GIORGI, Raffaele. *Op. cit.*, pp. 215 e ss.

[26] Nesse sentido, o mestre de Bielefeld acrescenta que *"também o que pode acontecer no futuro depende da decisão a ser tomada no presente: de fato, só se pode falar em risco quando houver uma decisão a ser tomada, sem a qual não poderia nascer algum dano."* LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 26: *"anche cio che può accadere in futuro dipende dalla decisione da prendere nel presente: infatti si parla di rischio soltanto quando può essere presa una decisione, senza la quale non potrebbe insorgere alcun danno."*

[27] DE GIORGI, Raffaele. *Op. cit.*, pp. 197/198.

[28] BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 139. No mesmo sentido, afirma Bauman: *"(...) no coração da política da vida jaz um desejo profundo e insaciável de segurança, mas agir segundo esse desejo redundaria em insegurança ainda maior e mais profunda."* BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000, p. 31.

[29] DE GIORGI, Raffaele. *Op. cit.*, p. 51. Ainda nas palavras do mestre italiano: *"Segurança é um conceito ilusório que mascara o problema real. (...) A distinção entre risco e segurança parece sem utilidade. Segurança enquanto oposta ao risco, indica somente um lugar vazio que não pode ser recheado empiricamente."* (*Op. cit.*, pp. 220 e 226). Por seu turno, Luhmann assevera que *"o conceito de segurança contraposto ao de risco consiste em um conceito vazio, análogo ao de saúde na distinção doente/sadio"*. LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, pp. 29/30: *"il concetto di sicurezza contrapposto a quello di rischio resta un concetto vuoto, analogo a quello di salute nella distinzione malato/sano."*

[30] Cf. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Op. cit.*

[31] LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 38. Nessa senda, *"Apenas a sociedade é capaz de produzir decisões e, portanto, produzir riscos. A distinção risco/perigo pressupõe, a contrário daquela entre risco e segurança, a persistência de incerteza em relação aos danos futuros. Quando o eventual dano é visto como consequência da decisão (isto é, é atribuído àquela decisão), fala-se em risco; quando o eventual dano é devido a fatores externos, sendo atribuído ao ambiente, fala-se em perigo."* MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Op. cit.*

[32] Nas palavras de Raffaele de Giorgi: *"Antes do guarda-chuva, se começava a chover, molhávamos-nos. Foi a invenção do guarda-chuva que criou o risco de se molhar quando chove."* Cf. RISKY business. *Time*, n.º 04, July, 2003, p. 42: *"Prima dell' ombrello, se cominciava a piovere ci si bagnava. È stata l' invenzione dell' ombrello, se cominciava a piovere ci si bagnava. È stata l' invenzione dell' ombrello, se cominciava a piovere ci si bagnava. È stata l' invenzione dell' ombrello, se cominciava a piovere ci si bagnava."*

ombrello a creare il rischio di bagnarsi quando piove”. No mesmo sentido: LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, pp. 31/32.

[33] DE GIORGI, Raffaele. “Il diritto nella società del rischio.” Mimeo, 2005, p. 09: “*Il rischio, allora, è un carattere strutturale della complessità della società moderna, della sua temporalizzazione, della simbiosi con il futuro, della paradossalità del presente, della ecologia del non-sapere. Il rischio dei moderni non ha a che fare con il pericolo degli antichi. Il rischio dei moderni espande il potenziale per le decisioni, duplica la possibilità di scelta, razionalizza l’incerteza, nel senso che permette di attivare meccanismi del suo assorbimento, biforca i sentieri dell’aggire possibile e duplica le loro biforcazioni. Le alternative si moltiplicano e, rispetto al futuro, proprio questo è razionale.*”

[34] Cf. MOTA, Mauricio. “O princípio da precaução em direito ambiental”. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro. v. 1, nº 4, out./dez., 2006; VARELLA, Marcelo Dias et al. (Orgs.). *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

[35] Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

[36] Cf. ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. *Economía ecológica y política ambiental*. México: FCE, 2000.

[37] Conforme Heloisa Soares, a “justiça ambiental” tem os seguintes requisitos: (i) não suportar de forma desproporcional os prejuízos da economia; (ii) participação popular e acesso a informações; e (iii) favorecer a participação de movimentos sociais e sujeitos coletivos. COSTA, Heloisa S. de Moura; BRAGA, Tania Moreira. “Entre a conciliação e o conflito: dilemas para o planejamento e a gestão urbana e ambiental”. In: ACSELRAD, Henri (Org.). *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: R. Dumará, 2004, pp. 195/216.

[38] MOTA, Mauricio. “O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas”. In: *Revista de Direito da Cidade*. UERJ. Rio de Janeiro: HARBRA, v. 01, nº 02, nov., 2006, pp. 203/229.

[39] FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao meio ambiente e propriedade privada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, pp. 163/221.

[40] CARRERA, Francisco. *Cidade sustentável: utopia ou realidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 45/116.

[41] BELLO, Enzo. “A circulação jurídica dos direitos sociais: um movimento de alternância constitucional, internacional e supranacional”. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz. (Org.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 93/122.

[42] Em 1993, quando já se desenvolviam reformas constitucionais para adequar o Brasil às exigências do “Consenso de Washington”, o STF interpretou extensivamente

os limites materiais ao poder de reforma da Constituição, considerando no rol de “cláusulas pétreas” todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, ainda que positivados fora do catálogo do artigo 5º (Cf. ADIn n.º 939-7/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ. 15/12/1993).

[43] HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In: MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe. (Orgs.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pp. 67/82; e ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004, pp. 29/30.

[44] BELLO, Enzo. “Cidadania e direitos sociais: um enfoque político e social”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 177/205.

[45] Cf. BECK, Ulrich. *Op. cit.*, pp. 04 e 75.

[46] Neste trabalho, optou-se por tratar “moradia” e “habitação” como sinônimos, apesar de a doutrina considerá-los distintos. Sobre a questão da nomenclatura: SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação*. São Paulo: RT, 2004, pp. 141/144.

[47] No Direito Comparado, destacam-se as experiências de Colômbia, Índia e África do Sul, cujas Cortes Constitucionais têm demonstrado uma postura de ativismo judicial em relação aos direitos sociais, havendo casos em que se determinou ao poder Executivo a construção de conjuntos habitacionais, hospitais, etc. Cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

[48] Segundo Bobbio, são elas: (i) a concentração do poder no povo (monocentrismo); (ii) a proibição de mandatos imperativos; (iii) a derrota do poder oligárquico; (iv) a ampliação do espaço político (concessão de direitos políticos); (v) a eliminação do poder invisível; e (vi) a educação para a cidadania. Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, pp. 17/40.

[49] DE GIORGI, Raffaele. *Op. cit.*, p. 56.

[50] Por todos, VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[51] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 364.