

Jardim Botânico: Função Social da Posse como Limite a seu Próprio Exercício
Jardim Botânico: Fonction Sociale de la Possession comme Limite à l'exercice par celui qui possède.

Monique Falcão Lima¹

Resumo:

Neste trabalho será proposta uma ponderação acerca dos limites do exercício das faculdades de uso e gozo de imóveis públicos por particulares, considerando, de um lado, os aspectos sociais e normativos da função social da propriedade e da função social da posse do indivíduo; e de outro, o interesse público que o imóvel público representa para toda a coletividade.

Palavras-Chave: função social propriedade; função social posse; imóvel público; interesse público; ponderação de interesses.

Résumé:

Cet article présentera une pondération sur les limites de l'exercice des facultés de l'usage de fruition des immeubles publiques par des particuliers, en considerant, d'un cote, les aspects sociales et normatifs de la fonction sociale de la propriété et de la fonction sociale de la possession de l'individu; et, d'autre cote, l'interêt public que l'immeuble publique represente pour la coletivité emtière.

Mots-Clés: fonction sociale de la propriété; fonction sociale de la possession; imeubles publiques; interêt public; ponderation d'interêts.

Introdução:

As cidades são o *locus* onde a sociedade se desenvolve. As relações econômicas, políticas e culturais são orgnizadas conforme a necessidade de se desenvolver, tendo em vista a continuidade da espécie humana. Para tanto, o homem cria instituições capazes de promover o controle de suas próprias atitudes, de suas próprias falhas.

A proteção ao meio ambiente é um exemplo de instrumento voltado para este fim. Busca, mediante restrições à exploração dos recursos naturais, manter a qualidade de vida no planeta para o bom desenvolvimento da espécie humana.

O instituto da propriedade, da posse, e das demais insituições de ocupação e de uso do solo também tem a função de delimitar e de impor restrições a uso desordenado e prejudicial ao bem-estar da coletividade.

¹ Mestranda em Direito das Cidades, UERJ. Advogada.

É nesse contexto que será abordado o embate entre autonomia privada – liberdades – árduamente conquistadas ao longo do tempo e os prejuízos que seu exercício desenfreado provocam para a coletividade.

A hipótese aventada, para o presente trabalho é o uso, mediante posse (de boa ou de má-fé) por alguns particulares, de imóveis públicos, destinados à preservação do meio ambiente (*lato sensu*).

Para tanto, usar-se-á um caso concreto como parâmetro, que é a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de uma associação civil que edificou quadras de esporte no Jardim Botânico do Rio de Janeiro, para fins de reunião e de recreação de seus associados.

Delimitação do Tema:

O Jardim Botânico do Rio de Janeiro é uma instituição pública voltada para fins de pesquisa botânica e preservação de espécies vegetais. A fim de promover a integração social dos funcionários do Horto do Jardim Botânico que ali residiam, o Grêmio dos Funcionários do Horto e do Jardim Botânico criou o Clube Caxinguelê, área destinada à recreação e desporto.

O Grêmio dos funcionários do Horto e do Jardim Botânico começou a funcionar em 1966². Na década de 1980, o Ministério Público Federal ajuizou ações de reintegração de posse por uso e destinação indevidas do imóvel por esses funcionários.

Alegou-se que o Grêmio dos funcionários do Horto e do Jardim Botânico do Rio de Janeiro estavam exacerbando os limites de uso e gozo do imóvel, em função das poluições sonora e de fumaça, e da grande luminosidade a noite, decorrentes de eventos festivos realizados pelos funcionários durante todo o dia e a noite.

A discussão travada na justiça federal, então, deveu-se aos limites de uso e de gozo deste imóvel pelos funcionários do Horto e do JBRJ, tendo-se de um lado os direitos de reunião (instrumentalizado pelos direitos de uso – ocupação precária de bens imóveis) e de outro, o direito da coletividade ao meio-ambiente saudável, e a preservação de patrimônio histórico.

² Há controvérsia acerca da legitimidade de autorização concedida pelo Ministério da Agricultura para tal fim. Em processos judiciais na justiça federal, onde tramitam ações de reintegração de posse de imóveis do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, as partes discutem se a autorização dada pelo Ministério da Agricultura é ato administrativo perfeito ou não, o que definiria como precária a posse direta dos imóveis pelos funcionários do Horto e do Jardim Botânico ali residentes. O trabalho abordará tal questão mais a frente.

Questiona-se, neste trabalho, qual ponderação deve ser feita para delimitar as faculdades de uso e de gozo de imóveis públicos cedidos a particulares. Para tanto, toma-se como critério metodológico os fundamentos da função social da propriedade (*lato sensu*: pública e privada) e suas repercussões no exercício da posse direta de imóveis públicos, bem como seus respectivos limites, aos olhos do bem-estar coletivo.

1) Contornos da Função Social da Propriedade.

A função social da propriedade se desenvolveu no século XX como instituto hábil a repensar o modelo de propriedade até então vigente. Adveio da necessidade de se adaptar a nova realidade econômico-social do pós-liberalismo.

Para tanto, os institutos de direitos reais passaram por novas interpretações, tiveram seus regimes jurídicos adaptados à nova realidade social, flexibilizando-se para permitir melhor acesso à habitação, à moradia, e ao uso de propriedades públicas por particulares.

Os atributos de uso e de gozo da propriedade sofreram alterações quanto à exclusividade de titularidade a fim de permitir que não-proprietários usassem e gozassem, para fins pessoais, imóvel de propriedade alheia.

O desenvolvimento da função social da propriedade e a flexibilização de seus elementos, portanto, são reflexo de momentos histórico-sociais da civilização humana.

1.1) Pequeno traçado evolutivo do direito de propriedade e da posse.

É cediço que é metodologicamente temerário afirmar que as instituições jurídicas *evoluem* ao longo do tempo. A uma, em razão das diversas circunstâncias de tempo e de espaço em que a “instituição jurídica” está inserida, o que torna institutos aparentemente semelhantes em completamente incomparáveis; a duas, porque o processo de evolução histórica desnatura consideravelmente as razões de existência de determinado instituto em determinada época e local.

A escolha por não se pontuar a evolução do conceito de propriedade se justifica em função da evidente inexistência de sua uniformidade. É cediço que conceitos, sejam eles de qual área do conhecimento forem, são relativizados no espaço e no tempo, de forma que tanto sua interpretação quanto a forma pela qual se apresenta em determinada sociedade variam junto com

os acontecimentos históricos e as transformações sociais (numa relação ininterrupta de causa e consequência).

Contudo, mesmo reconhecendo tais dificuldades e impropriedades metodológicas, faz-se necessário apontar os fundamentos da chamada função social da propriedade. Primeiramente, porque, segundo entendimento dominante, é uma *evolução* da concepção do instituto de propriedade; segundo, porque esta breve explanação é *conditio sine quibus non* para a compreensão do raciocínio aqui esposado.

Observe o leitor que a linha evolutiva aqui traçada não tem o condão de expor, pontual e cronologicamente, as diferenças entre a propriedade atual e a da Idade Média, ou da grega. Diferente disso, pretende-se encadear os fundamentos filosóficos atuais que culminaram na elaboração da função social da propriedade, enquanto parâmetro para o direito de propriedade contemporâneo, a partir das críticas tecidas, por pensadores contemporâneos, aos aspectos de modelos anteriores que seriam, em sua visão, incompatíveis com a realidade sócio-econômica contemporânea.

Anthony Giddens trabalha muito bem a idéia de que as concepções teóricas, científicas, tal como as conhecemos hoje, são diversas, inclusive estruturalmente, das anteriores, de forma que não devem ser feitas generalizações acerca das transições históricas.

Giddens trabalha o mecanismo continuidade/descontinuidade das relações sociais a fim de justificar a permanência de certos institutos sociais, econômicos e culturais, e o desaparecimento de outros, em função de sua adaptação, ou não, ao novo momento histórico, qual seja a Idade Moderna e a Contemporânea.

“Algumas formas sociais modernas simplesmente não se encontram em períodos históricos precedentes – tais como o sistema político do estado-nação, a dependência por atacado da produção de fontes de energia inanimadas, ou a completa transformação em mercadoria de produtos e trabalho assalariado. Outras têm apenas uma continuidade especiosa com ordens sociais pré-existentes. Um exemplo é a cidade. Os modernos assentamentos urbanos freqüentemente incorporam os locais das cidades tradicionais, e isto faz parecer que meramente expandiram-se a partir delas. Na verdade, o urbanismo moderno é ordenado segundo princípios completamente diferentes dos que estabeleceram a cidade pré-moderna em relação ao campo em períodos anteriores.”³

Tal consideração é relevante para a singela e necessária demonstração da evolução do conceito de propriedade ao longo dos últimos dois séculos, com o objetivo de ambientar a discussão acerca dos limites de exercício dos atributos da propriedade privada e pública.

³ GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo. Ed. Unesp, 1991, pág. 16;

No caso específico da propriedade, grandes doutrinadores buscam pontuar a evolução histórica deste instituto jurídico a partir de contextos políticos e econômicos de certa região num determinado período de tempo.

John Gilissen, por exemplo, em sua obra “Introdução Histórica ao Direito”, afirma que

“Na realidade, o historiador constata que não existe *uma* definição de propriedade, mas um grande número, que varia de acordo com as épocas e com as regiões. A par da propriedade individual que atribui o gozo de uma coisa a uma dada pessoa – que se chama também propriedade pessoal ou propriedade privada – há formas de propriedade familiar, colectiva, comunitária, pública e estatal. Esta multiplicidade de formas aplica-se, sobretudo, à propriedade fundiária, ou seja, à propriedade da terra; mas também àquilo à que chamamos, desde o século XIX e sob influência da doutrina marxista, os “meios de produção”.

Numa história da propriedade, pode ser então útil servimo-nos de uma tipologia de formas de propriedade; propomo-nos fazer uma classificação em quatro tipos:

- propriedade individualista, ou seja, a sua forma mais absoluta, seja a do direito romano clássico, seja a do *Code civil* de 1804;
- propriedade dividida, como a dos diversos direitos reais do feudalismo;
- propriedade comunitária, ou seja, o uso dos bens por uma comunidade: família, clã, aldeia, cidade, etc.;
- propriedade colectivista, ou seja, a que pertence a uma grande colectividade, em geral o Estado.”⁴

O autor tece interessantes considerações acerca da co-existência de características dos diversos regimes jurídicos de propriedade, ao longo dos contextos sociais e econômicos que o abrigaram.

“Ter-se-ia tendência para traçar a evolução como levando necessariamente de um tipo ao outro; por exemplo, da comunidade primitiva, para chegar, finalmente, à dividida, depois à colectiva, estatal. Foi, aproximadamente, o que foi feito por muitos historiadores. Mas a realidade é bem diferente. Encontram-se quase sempre os quatro tipos simultaneamente; quando muito, há um tipo que predomina, sem excluir os outros. Por exemplo, na sociedade capitalista do séc. XIX, a maior parte da propriedade é individualista, mas permanecem sobrevivências das comunidades rurais dos séculos precedentes; e o Estado é, muitas vezes, o maior proprietário, possuindo tudo o que está no domínio público e mesmo no seu domínio privado (florestas dominiais, estradas, edifícios públicos, armas e munições, etc.)”⁵

Nos países de tradição romano-germânica, a propriedade privada tem fundamento intimamente ligada à função social do direito, de forma que aos institutos (direitos) que formam a propriedade devem ser atribuídas obrigações. A necessidade de se instituir obrigações adveio do reconhecimento de que o direito de propriedade é uma relação jurídica complexa, cuja formação

⁴ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pág. 635;

⁵ Pode-se observar neste trecho da obra que o autor compartilha da tese de que os institutos jurídicos, sociais e econômicos podem permanecer com novas roupagens ou, mesmo, desaparecer. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pág. 635

e desenvolvimento afeta outros personagens e setores da vida social, como o acesso de outros indivíduos a bens.

Assim, reconheceu-se, com a crise do liberalismo clássico, que a propriedade não poderia ser um fim em si mesmo, mas um instituto que demandasse redistribuição do *acesso* a bens, numa nova ordem sócio-econômica.

No liberalismo clássico a propriedade tinha o condão de garantir que o indivíduo acumulasse bens para exclusivo uso e gozo. No pós-liberalismo, esta concepção se transforma para estender o acesso ao uso e gozo de bens a quem não os dispusesse com exclusividade.

1.2) Breve ensaio sobre a função social do uso de bens imóveis mediante exercício da posse

Atualmente, a concepção de propriedade já passa a incutir, ao titular, cuidados com meio-ambiente, saúde, habitação coletiva, etc. Isto significa que a propriedade não pode mais ser concebida como o era na época liberal, tampouco se pode tomá-la como instituto livre de qualquer ônus social ou coletivo.

Na verdade, após o advento do Estado Social de Direito o regime de posse e de apropriação de bens sofreu adaptações, a fim de atender o princípio de “solidariedade”, eixo principal da nova ordem política-econômica-social.

Nesse novo cenário, não se deve conceber a propriedade apenas em seu aspecto dominial individualista, devendo ser considerados as relações desse instituto com a coletividade, inclusive os diversos aspectos dominiais que envolvem a propriedade do século XX.

“Passa a propriedade privada nos países de inspiração romano-germânica a ter fundamento na própria constituição, mas este fundamento está intimamente ligado à função social do direito, positivando uma propriedade funcionalizada a serviço do titular e a serviço da comunidade, mudando do *status* infra-constitucional para o constitucional. No entanto, esta mudança de *status* implicou no reconhecimento de que a noção clássica de propriedade considerada como o direito subjetivo mais completo, espinha dorsal do direito privado, o cerne do direito das coisas (...) não atendia mais aos anseios e necessidades dos novos tempos. Daí o reconhecimento de que ser proprietário implicava também num feixe de obrigações, entre os quais interesses não proprietários e interesses sociais tem certo relevo para a comunidade, implicando no reconhecimento de que o direito de propriedade é uma relação jurídica complexa. Tal reconhecimento implica em admitir como idéia nela incluída a bilateralidade que se estabelece entre os sujeitos, visando a tutela de um interesse.(...).

Há, no dizer de Rodotá, uma insuficiência na técnica proprietária clássica, considerando a existência de um momento coletivo, nos quais não se pode justificar a propriedade através da lógica dominial, como as demandas relativas ao meio ambiente, da saúde, do controle sobre os investimentos industriais.

Não pode haver dúvida que este “momento coletivo” só pode ser admitido na propriedade em que a função social do passado, caracterizada “pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana”, dogmática vigente na codificação oitocentista e em nosso código civil anterior.”⁶

Com a ampliação dos aspectos sociais e coletivos da propriedade, o instituto da posse também ganhou outras interpretações. Como exemplo, o antigo “posseiro”, cuja visão social era negativa, hoje é visto como alguém que pode contar com uma expectativa de direito relativa à propriedade.

Para ter sua posse reconhecida como legítima, deve o possuidor dar-lhe igualmente função social, a fim de garantir o uso e gozo do imóvel destinação social e economicamente adequada com a ordem vigente.

Essa perspectiva faz parte da concepção corrente de haver uma propriedade sem função social e uma posse com função social⁷. Essa idéia decorre da de que o elemento função social da propriedade não é externo à propriedade, mas sim intrínseco a ela. Por isso, a posse (direta e/ou indireta) exercida pelo proprietário, sendo um dos elementos de exteriorização da propriedade, deve revelar seus reais e legítimos objetivos.

Daí, observarmos que não apenas o uso direto do imóvel pelo proprietário é suficiente para exteriorizar a função social da propriedade, mas também a destinação econômica que lhe é dado.

Nessa linha de raciocínio, não apenas a propriedade deve ser revestida de função social, mas também a posse. A uma, segundo a ótica do proprietário, como visto, por ser um dos

⁶ In: *Impacto das novas idéias na dogmática do direito de propriedade. A multiplicidade dominial*. Texto integrante da bibliografia da aula 2 da disciplina Direito das Cidades, ministrada em 2009/1, do Programa de Mestrado em Direito das Cidades, pela UERJ.

⁷ TORRES, Marcos Alcino. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Pág. 349.

“A propriedade desfuncionalizada, no rol dos bens indispensáveis às necessidades vitais do ser humano, é um “minus”, pois atende ao elemento patrimonial, merecendo um certo teor de reprovação social sua manutenção neste estado de desfuncionalidade, considerando o grau de desvalor social, que mereça a vontade unicamente dirigida à especulação com bens capazes de cumprir finalidade social específicas, fundamentais para o homem como a moradia e o trabalho.” (TORRES, Marcos Alcino. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Pág. 412.)

“De outro lado, procurou-se demonstrar que a propriedade desfuncionalizada não é a propriedade que a Constituição protege, porque ela viola não só a função social que mantém relação de inerência com a propriedade, mas impede que de algum modo se atenda a outros direitos fundamentais, pois se erige em instituição-obstáculo, que deve ser afastado para que se cumpra a Constituição.” (TORRES, Marcos Alcino. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Pág. 413.)

elementos de exteriorização da propriedade; A duas, porque, é através dela que o possuidor legitima sua pretensão à busca pela titularidade plena da propriedade.

Deve-se considerar, então, que a posse, assim como a propriedade deve ser exercida com função social. O possuidor, por isso mesmo, deve dar destinação social e/ou econômica a propriedade.

Tal assertiva já possui respaldo legal. O Código Civil de 1916, o Novo Código Civil e diplomas de direito administrativo prevêm institutos que legitimam o exercício da posse (de bens privados e/ou públicos) por quem não é proprietário⁸.

No direito civil, temos os institutos de direitos reais e, no direito administrativo, segundo o magistério de José dos Santos Carvalho Filho, temos os de autorização de uso, de permissão de uso, de concessão de uso, de concessão de direito real de uso e a concessão de uso para fins de moradia como exemplos de institutos que atendem, num primeiro momento, os interesses do particular que deles se utiliza. Já a enfiteuse e o direito de superfície são institutos regidos pelo direito privado e pelo direito público, envolvendo bens públicos.

Em todos eles, ainda que a interpretação legal imediata nos diga que a norma legal prima, num primeiro momento, pelo interesse do particular que deles vá se utilizar, há de se considerar que a norma legal traz mecanismos de controle do exercício que este particular faz dos bens públicos.

Com efeito, tais normas legais não se esgotam em si mesmas. O regime jurídico presente em diplomas específicos não afasta a incidência de outras normas jurídicas que complementam o ordenamento jurídico pátrio, a fim de garantir o bem-estar da coletividade.

Em termos imediatos, a própria norma civilista nos traz finalidades específicas e condições de vigência de alguns institutos de direitos reais. Como exemplo, temos o próprio Estatuto da Cidade, norma que envolve direito civil e administrativo e que inclui, no regime jurídico dos direitos reais ali presentes, a função de atender o planejamento urbano, ou seja, atender, em última *ratio*, os interesses da coletividade.

A exemplo da usucapião, da antiga enfiteuse, do direito de superfície, da recente concessão de uso de bem público para fins de moradia, e de diversos outros institutos de direito

⁸ Resguardadas, por óbvio, as peculiaridades das titularidades de direito público e de direito privado referentes a propriedade de bens públicos e privados. Dentre elas, a mais significativa, que define seus regimes jurídicos que, é a de que, a propriedade de bens públicos é, a princípio, indisponível, enquanto que a propriedade dos bens privados é, a princípio, disponível.

privado e/ou administrativos, a posse de quem não é proprietário é legitimada pela destinação sócio-econômica que lhe é dada.

Nesse mesmo sentido, temos as normas de direito ambiental, que garantem a manutenção do meio-ambiente saudável. Tais normas imputam obrigações positivas e negativas ao particular, a fim de garantir que a atividade desenvolvida no bem imóvel (privado ou público) seja compatível com o interesse de bem-estar coletivo.

Por isso, tanto nos diplomas civis, quanto nos diplomas de direito administrativos, a posse, o uso e a ocupação são legitimados a partir da conveniência, para o bem estar coletivo, da destinação econômica que o particular pretende dar ao imóvel possuído.

Assim o é, por exemplo, nas licenças ambientais concedidas pela Administração Pública aos particulares que desejam usufruir de imóveis públicos: há análise de custo/benefício dos projetos sócio-econômicos propostos pelos particulares em relação à proteção ambiental.

Tais regimes jurídicos, por óbvio, não se restringem aos empreendimentos particulares de desenvolvimento industrial e comercial, mas também nos casos de acesso a moradia em imóveis públicos, mediante legítimo exercício da posse.

Como exemplo, em âmbito federal, temos a concessão de uso especial de imóvel público para fins de moradia, instituído pela MP 2220 de 2001. Este diploma visa garantir o acesso à moradia em bens públicos, por quem não titulariza relação de propriedade ou de concessão de uso de outro bem imóvel⁹.

As restrições impostas aos bens públicos que podem ser objeto da concessão de uso para fins de moradia referem-se, pode-se assim dizer, aos destinados ao interesse público primário¹⁰. Dentre as restrições, encontram-se os bens públicos destinados a preservação do meio-ambiente.

⁹ MP2220/2001. Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta 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.

¹⁰ Interesse público primário é o conjunto de interesses que atendem satisfazer a coletividade *lato sensu* (conjunto de indivíduos que integram o Estado, a sociedade). Compreende-se melhor este instituto quando o relacionamos com o interesse público secundário, que é o conjunto de interesses da Administração Pública, ente abstrato destinado à gerência dos interesses da coletividade, órgão gestor dos interesses públicos primários, portanto.

O interesse público primário, por atender, primeiramente, o bem-estar coletivo, pode, inclusive se contrapor aos interesses da Administração Pública, mas o contrário não é possível, haja vista haver sempre a primazia do interesse público primário sobre o secundário. Por isso, a MP 2220 previu como bens aptos a ser objeto da concessão de uso para fins de moradia os bens que não integram interesse público primário, mas admitiu que bens destinados a interesse secundário o fossem. Obviamente, tal classificação deve ser feita caso a caso, estudo que extrapola os objetivos deste trabalho.

Art. 5º É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:

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

Caso o possuidor eleja como bem público para fins de moradia um dos acima descritos, o Poder Público poderá realocá-lo, afim de que o exercício do seu direito de posse enquadre-se, legitimamente, no ordenamento jurídico. Observe, portanto, que a própria norma prevê mecanismos de impedir que a posse, mesmo mansa e pacífica, acarrete prejuízos ao interesse público primário.

Outro argumento jurídico que legitima esse raciocínio são os casos de descumprimento, pelos possuidores diretos, de contratos que instrumentalizam o exercício de atributos de direitos reais: se o direito privado prevê possibilidade de rescisão de negócio jurídico por inexecução de objeto de interesse privado, com muito mais razão o Poder Público pode impedir que o particular usufrua de bem imóvel destinado a interesse público.

Todas essas hipóteses devem-se à própria constituição do estado brasileiro atual: trata-se de um estado democrático de direito, onde o interesse público serve ao bem-estar coletivo coadunando-o ao do particular, de forma que o interesse particular é satisfeito na medida em que não prejudique o interesse público.¹¹

A uma, observa-se que o regime jurídico das relações sociais é fundado em limites de equidade, a fim de garantir a melhor distribuição de bens possível.

A duas, porque o princípio de solidariedade, um dos fundamentos do estado brasileiro atual, precisa ser observado por ambos os participantes: o indivíduo ou sociedade que promove a distribuição e o que recebe a parcela que lhe é cabível.

No caso da posse, o princípio da solidariedade é mais explorado doutrinariamente para enfatizar o direito de moradia de quem não é proprietário. Isso deve-se ao momento histórico em

¹¹ CRFB/88. Art.3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

que o instituto da função social da propriedade foi criado: o de crise da propriedade privada quando instituída sob a ótica liberal. Como visto, a adaptação deste instituto para o Estado Democrático de Direito passou pela necessidade de se traçar novo parâmetro para o instituto da posse.

Tal entendimento, quando aplicado aos casos concretos, alcança os fins sociais do indivíduo que se encontra excluído do Estado Democrático de Direito, mas, em alguns casos, não garante a manutenção do bem-estar da coletividade, a qual esse mesmo indivíduo pertence.

Basta pensarmos no uso do imóvel público que agride o meio-ambiente, para compreendermos que o indivíduo que pretende mal usufruir deste bem causará danos a sociedade e, conseqüentemente, a si mesmo.

Ainda que se argumente que o dano ambiental causado possa ser de longo prazo, devemos, mediante aplicação da razoabilidade (critério de raciocínio usado para concretizar o princípio da solidariedade), reconhecer que a prejudicialidade do dano deve remeter ao impedimento imediato da continuidade do uso nocivo deste imóvel.

O raciocínio jurídico nos remete, portanto, à interpretação civil-constitucional do direito de posse para fins de moradia sob o ponto de vista do interesse da coletividade. Reforço, então, o entendimento de que tal ponto de vista deve ser pensado e estudado como complementar da função social da propriedade, a fim de integralizar a concepção mais ampla de “função social” de bens, direitos e relações jurídicas no Estado Democrático de Direito.

“Percebe-se então que a solução do confronto posse com função social e propriedade sem função social passa necessariamente pela interpretação do texto constitucional e, à sua luz, do Direito Civil, para encontrar o ponto de equilíbrio entre o necessário e o adequado em razão da incidência de normas com a mesma hierarquia normativa.

Não será o silêncio do Código Civil, pretensamente neutro a respeito de questões sociais e jurídicas relevantes, que impedirá a concretude do princípio da função social e dos direitos fundamentais envolvidos no conflito posse/propriedade de que se cuida. A solução se dará através da interpretação do direito e do poder criador que deve ser reconhecido a toda interpretação judicial, que pautará sua conclusão fora dos métodos tradicionais da hermenêutica (gramatical, lógico, sistemático, histórico etc.), haja vista que tais métodos “são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais”. Deverá ter como base uma interpretação fundada na valoração e ponderação de princípios e regras aplicáveis no caso concreto e o ideal do Estado Democrático de Direito.

Tanto a propriedade como a posse estão compreendidas na expressão propriedade, contida no inc. XXII do art. 5º da Constituição Federal, pois como já se viu tal expressão tem sentido amplo, compreendendo todas as relações jurídicas patrimoniais. Não haveria, por este prisma, confronto entre direitos fundamentais. Ambos os institutos fazem parte da mesma norma.

Seguindo esse raciocínio, ambos, para terem proteção do sistema, devem cumprir uma função social.”(grifo meu)¹²

Assim, podemos reconhecer a vontade do legislador em tutelar o legítimo exercício da posse, seja no âmbito privado, seja no público em ambos os casos, a autonomia da vontade é respeitada, sendo limitada apenas quando esbarrar nas normas de ordem pública.

A relevância dessa discussão se dá na medida em que a posse direta pode ser exercida para diversos fins. O mais comum é a moradia, mas há aqueles referentes à exploração de atividade econômica para sustento próprio, com ou sem finalidade lucrativa.

Em todos esses casos, a posse destina-se a suprir uma necessidade particular que reflete, por fim, uma necessidade ou anseio social: a da habitação e a do desenvolvimento econômico, que levam ao desenvolvimento social.

Com isso, fechamos o raciocínio de que não apenas os bens imóveis particulares devem exercer função social da propriedade, mas também os bens imóveis públicos devem exercê-la regularmente. Por isso, o particular que não exercer a posse devidamente deverá ser responsabilizado, de forma análoga ao proprietário que dá ao bem destinação diversa da que lhe é recomendada.

2) Preservação do meio ambiente como elemento da função social da propriedade e da posse.

A defesa do meio ambiente, hoje, deixou de ser apenas discurso politicamente correto para se tornar *direito e dever* de toda a sociedade. É o que a Constituição da República de 1988 prevê, no artigo 225, expressamente:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à **coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.

E enumera as principais formas de efetivação desse direito:

§1º - **Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:**

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

¹² TORRES, Marcos Alcino. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Pág. 388.

III - **definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos**, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - **proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.** (...) ¹³

Prevê, ainda, que a responsabilização penal e civil de condutas lesivas ao meio ambiente atinge toda a coletividade, indistintamente de serem pessoas físicas ou jurídicas:

§3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (...) ¹⁴

A *ratio legis* desta disposição constitucional, como cediço, refere-se ao reconhecimento da importância da preservação do meio ambiente para a manutenção e aperfeiçoamento da qualidade de vida para a espécie humana.

O meio ambiente, por ser expressão de conteúdo muito amplo, pode ter, sucintamente, para fins deste trabalho, três aspectos principais, segundo o magistério de Hugo Nigro Mazzilli:

“a) meio ambiente natural (os bens naturais, como o solo, a atmosfera, a água, qualquer forma de vida);
b) meio ambiente artificial (o espaço urbano construído);
c) meio ambiente cultural (a interação do homem com o ambiente, o que compreende não só o urbanismo, o zoneamento, o paisagismo e os monumentos históricos, mas também os demais bens e valores artísticos, estéticos, paisagísticos, históricos, arqueológicos, etc.), neste último incluído o próprio ambiente do trabalho.” ¹⁵

¹³ § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

¹⁴ § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, 21ª edição, pág. 153/154.

Portanto, conjugando a norma constitucional à proteção desses três aspectos principais, temos que:

“Tudo o que diga respeito ao equilíbrio ecológico e induza a uma sadia qualidade de vida, é, pois, questão afeta ao meio ambiente. Assim, devem ser combatidas todas as formas de degradação ambiental, em qualquer nível. Isso inclui o combate à poluição visual e à poluição sonora, este último um problema gravíssimo, que hoje tanto atormenta as pessoas, especialmente nos centros urbanos (aeroportos, tróis elétricos, trânsito, alarmes, carros de som, igrejas, clubes, propaganda ruidosa etc.).”¹⁶

Entre diversas formas legais de se proteger administrativamente o patrimônio público, a mais usada é o tombamento. Trata-se de uma restrição administrativa ao direito de propriedade realizada pelo Estado, a fim de proteger a cultura e a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, mediante proibição de demolição ou modificação de prédios tidos como monumentos históricos e exigindo que seus reparos obedeçam à sua caracterização.¹⁷

A finalidade do tombamento, em termos práticos, é identificar certos bens públicos ou privados como merecedores de proteção especial do Estado.¹⁸

Observe que, não apenas construções são tombadas, mas também grandes áreas de preservação ambiental. Como visto, o meio ambiente, por si só, é um direito fundamental¹⁹ que dispõe de proteção constitucional. Este argumento, por si só, é suficiente para caracterizarmos, juridicamente, o dever que o proprietário, o possuidor (de boa e de má-fé), ou o simples usuário ou detentor de bens públicos tombados têm de não causar danos ao meio-ambiente.

A função social da posse e a da propriedade passam, portanto, pela preservação do meio-ambiente, a fim de atender o interesse social, de forma que, eventual desrespeito ao meio ambiente deve ser caracterizado como mau uso do bem, seja mediante exercício do direito de posse, uso, ou qualquer ocupação, ainda que a título precário.

“Ainda que a noção de função social não tenha sido totalmente desmistificada e que não seja, como afirma Laércio Becker, possível definir somente a partir da Constituição quais “são os limites exatos em que se confina o cumprimento da função social da propriedade”, há, contudo, um núcleo normativo “suficientemente claro ao menos para identificarmos quais situações realmente não cumprem a função social”, e remata: “Vale dizer: se, com o que temos no art.186, não é possível definirmos com clareza como e qual propriedade está cumprindo efetivamente sua função social, podemos ao menos dizer quando uma propriedade não está cumprindo: **quando estiver agredindo o meio**

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, 21ª edição, pág. 154.

¹⁷ DINIZ, MARIA HELENA. *Dicionário jurídico*. In: , MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, 21ª edição, pág.217.

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, 21ª edição, pág.217.

¹⁹ Para chegar a tal conclusão, basta conjugarmos o rol não taxativo do art.5º com o art. 225 *caput*, ambos da CR/88.

ambiente, quando nela há violação às relações de trabalho (o problema dos “bóias-frias” e do trabalho escravo de adultos e crianças), e quando o imóvel estiver abandonado (não sob o pretexto de “preservação de floresta”, como se costuma fazer nos latifúndios de hoje, inclusive sob proteção oficial).” (grifo sublinhado do autor; grifo negrito meu)²⁰

Exemplos de mau exercício da posse e do uso de bens públicos, tombados ou não, estão descritos no parecer técnico lavrado pelo Serviço Público Federal, para instruir os autos da ação civil pública, caso concreto analisado neste trabalho.

“A atividade humana no interior ou mesmo na periferia de áreas destinadas à conservação da natureza causam, inegavelmente, impactos sobre a fauna silvestre.

Entre estes destacam-se:

- . afugentamento da fauna, conseqüentemente redução do espaço de vida de espécies e aumento da competição inter e intra-específica;
- . os resíduos alimentares gerados servem de ceva para animais silvestres alterando seu comportamento alimentar;
- . introdução de zoonoses que podem causar “stress” a várias espécies.
- . proliferação de espécies oportunistas indesejáveis (moscas, ratos).
- . exposição dos freqüentadores à zoonoses antes restritas ao ambiente silvestre.

Assim, tanto a fauna, diretamente, quanto a flora, esta última indiretamente (perda de polinizadores, por exemplo), sofrem danos irreversíveis com tais práticas esportivas e sociais.”²¹

3) O Caso Clube Caxinguelê no Jardim Botânico do Rio de Janeiro.

O caso concreto que ilustra o este trabalho acadêmico é a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Grêmio dos Funcionários do Horto e do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, a fim de ver cessadas as atividades do Clube Caxinguelê, instalado na área

²⁰ TORRES, Marcos Alcino. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Pág. 367.

Ainda, neste sentido: “Neste sentido posicionou-se a Corte Constitucional Alemã, como se pode ver no seguinte julgado: “A propriedade privada caracteriza-se, na sua dimensão jurídica, pela utilidade privada e, fundamentalmente, pela possibilidade de disposição (BverfGE 31, 229(240); **seu uso deve servir, igualmente, ao interesse social**. (...) Compete ao legislador concretizar esse postulado também no âmbito do Direito Privado. Ele deve, portanto, considerar a liberdade individual constitucionalmente garantida e o princípio de uma ordem de propriedade socialmente justa – elementos que se encontram em relação dialética da Lei Fundamental – para o fim de, mediante adequada ponderação, consolidar relações equilibrada e justas.” (TORRES, Marcos Alcino. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Pág. 413.)

E: CRFB/88. Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

²¹ Parecer técnico sobre a influência do Clube Caxinguelê sobre o meio ambiente do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, lavrado em 20 de março de 1995, pelo Serviço Público Federal, para instruir os autos da ação civil pública (fls 341/346) referência deste trabalho. Fls. 344

florestal do Jardim Botânico do Rio de Janeiro – JBRJ e restabelecer o domínio da área ao JBRJ, com indenização dos prejuízos²².

O Ministério Público Federal ajuizou a ação possessória em 1990 com base numa reportagem publicada no Jornal do Brasil em 22 de abril deste mesmo ano, que retratou o clube Caxinguelê como “um dos campos preferidos” nesta cidade, que são alugados para jogos de futebol.²³

O Clube Caxinguelê é área construída para fins de recreação dos associados do Grêmio dos Funcionários do Horto e do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, ocupando área de preservação ambiental, eis que localizado entre o campus do Jardim Botânico do Rio de Janeiro e a Floresta da Tijuca (área em que emerge a floresta).

Ainda há controvérsia judicial sobre a legitimidade do ato de autorização dado pelo Poder Público para o funcionamento do Clube²⁴. Entretanto, para fins deste trabalho, desconsideraremos tal discussão, e desconsideraremos eventual conteúdo do ato por três motivos:

Primeiro, porque o objetivo é direcionar o trabalho à análise das conseqüências jurídicas do uso indevido da posse do imóvel, conjugando-as à função social do JBRJ e à função social da posse de quem ocupa e usa esta parte do imóvel;

Segundo, porque tal discussão possui caráter processual incidental, já que, conforme retratado no tópico anterior, o descumprimento, pelo particular, das restrições constantes nos atos administrativos dá o direito de revogação imediata pela Administração Pública, com composição de eventuais danos decorrentes. Como incidentalmente, no caso concreto, discute-se se houve ou não descumprimento das restrições de uso e gozo de imóvel tombado, a revogação seria inquestionável e imprescindível, em função da defesa do interesse público primário, que no caso, se evidenciaria na defesa do patrimônio histórico-cultural.

²² Ação ajuizada na Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Processo originário nº 90.0028962-9; Apelação Cível nº 99.02.21918-7.

²³ Petição Inicial, fls.02/07.

²⁴ Os desembargadores prolores do voto-vogal, condutor da maioria, no julgamento da apelação cível (interposta pelo MPF em face da sentença que julgou improcedente o pedido autoral, fls. 733/736) e do voto condutor nos Embargos Infringentes opostos em face do resultado do acórdão da apelação divergem quanto a legitimidade da autorização dada manuscritamente, em 1966, subscrita pelo Ministro da Agricultura, em função de ter ou não obedecido o devido processo administrativo. Ambos concordam, todavia, que ela não incluiria autorização para funcionamento de atividades nocivas ao meio-ambiente.

O desembargador prolator do voto-vogal condutor do julgamento da apelação cível ressalta, além da ilegalidade de autorização, a inexistência de prescrição aquisitiva contra o Poder Público, para fins de fundamentação da posse ser apenas de fato e não de direito.

Para a desembargadora prolatora do voto condutor no julgamento dos Embargos Infringentes, houve revogação automática da autorização em função dos danos ambientais causados.

“Evidente que a conduta lesiva ao meio ambiente não foi objeto da autorização dada ao embargante de utilizar a área do Clube Caxinguelê, para fins de ali instalar o seu grêmio recreativo, no ano de 1966.

Portanto, a alegação de que não foi observada a forma legal para a revogação da autorização obtida não merece prosperar. Isso porque a autorização era para fins regulares e lícitos, sendo que o Poder Público não pode ser condescendente com práticas que se afastam da legalidade, donde deduz-se que os atos inicialmente autorizados eram ilícitos.”²⁵

O terceiro fundamento, que relaciona as duas premissas anteriores, é fato de que a posse direta, seja em função de ato legítimo, seja em função de ato ilegítimo, constituiu-se faticamente. Observe que, caso o ato de autorização fosse válido, a posse seria de fato e de direito; e caso o ato fosse inválido, a posse seria apenas de fato: nas duas hipóteses, portanto, constitui-se a posse de fato, e, portanto, deve, da mesma forma que a posse exercida de direito, respeitar a função social do bem ocupado.

“E, mesmo que a aludida autorização ministerial tenha obedecido às formalidades legais e, por isso, legitimado a ocupação do imóvel em litígio (por mais de 40 anos), não configurando, assim, um ilícito possessório, não poderia prevalecer frente aos danos ambientais perpetrados.

É interesse da Administração Pública atender ao interesse coletivo supremo quando em cotejo aos interesses individuais.”²⁶

Por fim, para trabalharmos na delimitação proposta do tema, temos:

“Aqui haverá sempre, e há de fato, uma colisão de interesse público e do interesse privado. O interesse público quanto ao Jardim Botânico – ecossistema, patrimônio artístico e cultural – transcende o interesse público de um pequeno grupo de funcionários do Horto.

(...) não importa se ele praticou com a anuência tácita, ou por omissão do Poder Público. Se praticou, tem que indenizar, porque ela está lá a título de possuidor, até de boa-fé, mas ilegítimo.”²⁷

Temos, então, que o objeto principal da ação civil pública é a cessação da posse e do uso indevidos do imóvel pelo Grêmio e a averiguação dos prejuízos.

Desde 1966, quando o Grêmio constituiu-se como associação civil para fins de promover a recreação de servidores públicos de determinada categoria, a associação civil passou a usar o imóvel para atividades recreativas e desportivas próprias, e ao longo dos anos passou a alugar a

²⁵ Voto condutor no julgamento dos Embargos Infringentes opostos pelo Grêmio a fim de ver vencedor o voto vencido no julgamento da apelação cível.

²⁶ Voto condutor no julgamento dos Embargos Infringentes opostos pelo Grêmio a fim de ver vencedor o voto vencido no julgamento da apelação cível.

²⁷ Trecho do voto-vogal, condutor da maioria, no julgamento da apelação cível, fls.733 e 734.

quadra de futebol para terceiros, estranhos à associação, que a usavam, durante o dia ou durante a noite, para realização de torneios desportivos e festas.

Ao insurgir-se contra a locação, o Ministério Público Federal alertou para a ilegalidade da destinação econômica que foi dada ao imóvel, configurando mau exercício da ocupação, em função dos danos causados ao meio-ambiente ecológico e histórico-cultural²⁸.

A posse exercida com mau uso do imóvel, como visto, independe da natureza e da legitimidade do ato administrativo que teria concedido o direito de uso e gozo do imóvel: a ocupação, independentemente de ser de boa ou de má-fé, deve atender os fins econômicos e sociais que foram traçados ao bem.

Com efeito, o JBRJ, patrimônio histórico nacional, é órgão de representação local (do Rio de Janeiro) do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, autarquia federal voltada à promoção e desenvolvimento de pesquisas botânicas e agrícolas, resguardada a conservação da natureza. O imóvel onde se desenvolvem tais atividades é tombado.

“O JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO é BEM TOMBADO pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, (Processos nº 101-T, 157-T e 633-T), RESERVA MUNDIAL DE BIOSFERA declarada pela UNESCO em 1991, e, acima de tudo, UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE, e como tal, com Regulamento idêntico ao dos PARQUES NACIONAIS. A conservação desse patrimônio florístico, histórico e cultural é de responsabilidade da Administração do JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO, em consonância com o IPHAN.” (grifos do autor)²⁹

Tal regime jurídico, por si só, como visto, impõe diversas restrições ao particular que desejar usar aquela área.

“Diferindo dos jardins comuns cuja preocupação básica é a organização formal da vegetação com propósitos estéticos, e dos parques públicos, cujo objetivo é o lazer e a recreação, um jardim botânico é antes de tudo uma instituição científica. Embora comporte atividades de uso público, essas devem ser orientadas e limitadas, de acordo com sua finalidade principal.”³⁰

“A partir do início desta década, mais especificamente depois da Conferência Mundial de Meio Ambiente – RIO92, o JARDIM BOTÂNICO tem concentrado esforços e orientado suas pesquisas para a conservação da biodiversidade, realizando projetos específicos, os quais constam dos Relatórios de Atividades, e traçado metas que

²⁸ “É visível que até o caráter inicial da Associação parece desvirtuado, servindo mais sua praça de esportes, COMO ÁREA DE LAZER PARA TERCEIROS, o que, em se tratando, de um JARDIM BOTÂNICO, se constitui de espantosa, inominável e despudorada AGRESSÃO AO MEIO AMBIENTE.” (grifos originais) Petição Inicial da Ação Civil Pública, fl.4.

²⁹ Parecer técnico sobre a influência do Clube Caxinguelê sobre o meio ambiente do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, lavrado em 20 de março de 1995, pelo Serviço Público Federal, para instruir os autos da ação civil pública (fls 341/346) referência deste trabalho.

³⁰ Parecer técnico do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, emitido para instruir os autos da ação civil pública (fls 363/379), referência deste trabalho.

mostram a necessidade de ocupação adequada de toda a área, com a recuperação, por reflorestamento, das partes degradadas e a construção de unidades administrativas imprescindíveis à expansão das unidades de Pesquisa e ao desenvolvimento de novas atribuições do JARDIM, após a reintegração de posse da área total, o que vem postulando na Justiça.”³¹

No caso, tratando-se de bem público, a posse exercida pelo particular, independentemente de ser com boa ou má-fé, deve atender e respeitar critérios legais específicos. No caso do JBRJ, sendo bem tombado, qualquer uso ou ocupação – seja permanente como a posse, ou temporário, como os visitantes que ali freqüentam – deve respeitar as restrições impostas pelo ato de tombamento ou por qualquer outro ato administrativo que defina suas finalidades.

“Valor do Jardim Botânico do Rio de Janeiro como Patrimônio Cultural:

(...)

- Do ponto de vista histórico

(...)

O tombamento lhe reconhece, de forma indissociável do valor histórico, o valor artístico; seus jardins, edificações (monumentos militares e civis do Reino, do Império e da República) e obras de arte são referências obrigatórias da arte ou da história da arte nacional.³²

- Do ponto de vista paisagístico

É certamente o mais significativo jardim do Brasil, destacando-se também entre os mais belos jardins tropicais do mundo pela magnitude de sua beleza cênica; pelo seu traçado; bela biodiversidade que suas coleções reúnem; pela sua inserção, por um lado a paisagem urbana e por outro no quadro natural da floresta atlântica, da qual ele possui expressiva amostra.

- Do ponto de vista arqueológico

É um dos mais importantes sítios de arqueologia histórica do País. (...)

- Do ponto de vista ecológico

É um banco de germoplasma responsável pela produção de material genético e distribuição por todo o país e pelo mundo. (...) além disso é um ecossistema – embora artificial – que abriga variada fauna e apoia a fauna urbana e a da Floresta da Tijuca – sobretudo a avifauna – com abrigo, pouso, frutos, sementes e outros alimentos durante todo o ano. Sua vegetação e seu solo não impermeabilizado melhora a qualidade ambiental e regula o microclima de todo o bairro do Jardim Botânico, influenciando sobre a Lagoa Rodrigo de Freitas na qual lança as águas de seus reiachos.

- Do ponto de vista científico

É a mais importante instituição botânica do País, uma das primeiras do mundo (...).”³³

³¹ Parecer técnico sobre a influência do Clube Caxinguelê sobre o meio ambiente do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, lavrado em 20 de março de 1995, pelo Serviço Público Federal, para instruir os autos da ação civil pública (fls 341/346) referência deste trabalho.

³² O voto condutor no julgamento dos Embargos Infringentes (opostos pelo Grêmio a fim de ver vencedor o voto vencido no julgamento da apelação cível) faz referência, ainda, ao “AQUEDUTO DA LEVADA, monumento histórico que, conforme o IBAMA, foi construído em 1851, e tombado pelo IPHAN, servindo, à época, de canalização da água que abastecia a cidade.” No voto, ressalta-se uma quadra de bocha do clube caxinguelê, construída em cima de parte do aqueduto: “Obra realizada sem projeto prévio e autorização administrativa, em abuso do direito de uso, para a qual, correm as expensas de demolição, por conta do embargante.”

³³ Parecer técnico do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, emitido para instruir os autos da ação civil pública (fls 363/379), referência deste trabalho.

Tais mecanismos jurídicos, de restrições à autonomia privada, visam proteger a função social do Jardim Botânico: tanto o interesse público primário (bem-estar coletivo, a partir da preservação do patrimônio histórico-cultural), quanto o interesse público secundário (manter atuante a atividade do órgão administrativo) que são concretizados nas finalidades do Jardim Botânico são atendidos.

Portanto, independentemente de as restrições de uso e de gozo para fins de ocupação de imóvel público, estarem expressas em atos administrativos de efeito *in concreto*, elas são dedutíveis a partir da interpretação sistemática da ordem jurídica brasileira.

Observe que tais restrições são gerais, amplas e *erga omnes*, contidas em leis gerais e abstratas, diferentemente, portanto, daquelas previstas por atos administrativos *in concreto*, de efeito inter-partes.

No caso, a restrição está em causar danos ao ecossistema do Jardim Botânico. Tal restrição, ainda que não contida em nenhum ato administrativo *in concreto*, decorre da interpretação sistemática da Constituição da República de 1988, art 225 c/c art. 5º, inciso, e dos art. (tombamento).

A posse³⁴, o uso, o gozo e a ocupação, de fato e/ou de direito, devem, portanto, se limitar a fim de respeitar as normas constitucionais, independentemente da expedição de ato administrativo *in concreto* prevendo restrições específicas.

Conclusão:

A função social das cidades passa, necessariamente, pelos valores políticos, econômicos e culturais da sociedade. Os instrumentos dessa organização social são referência de

³⁴ Deve, ainda, analisar os limites do exercício do direito de moradia, que se verificam na extrapolação da finalidade de simples habitação, caracterizando o abuso do exercício do direito de posse mansa e pacífica de bens públicos para fins de função social de habitação.

“O Clube Caxinguelê espelha perfeitamente o absurdo de tal situação. A invasão neste caso, já não é mais para fins de moradia, mas (...) para fins recreativos: futebol, jogos de bocha (este construído sobre um aqueduto histórico construído em 1851) e demais diversões, incluindo festas juninas noturnas, com soltas de fogos e balões. Ressalte que o referido Clube foi construído, como a maior parte das moradias, após o tombamento da Jardim Botânico e sem autorização do IPHAN, autorização, aliás, que jamais seria concedida.” (Parecer técnico do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, emitido para instruir os autos da ação civil pública (fls 363/379), referência deste trabalho.)

comportamento para seus componentes, de forma a alcançar o pleno desenvolvimento social de um povo.

A função social da propriedade é um desses instrumentos. Tornou-se uma concepção de referência para a utilização de bens, sobretudo os imóveis. Aquele que exercer o direito de propriedade indiscriminadamente, trazendo prejuízos para a coletividade, o terá cerceado.

No mesmo sentido, devem ser entendidos os outros direitos referentes a bens imóveis. A posse, por si só, é um direito que instrumentaliza o uso e o gozo do solo e de suas edificações. Seja ela de boa ou de má-fé, deve atender o interesse social, coletivo, a fim de atender os mesmos parâmetros de finalidade social-econômico-cultural da propriedade.

O interesse social são os comuns a todos os componentes de uma sociedade. O meio ambiente, por ser o bem jurídico, atualmente, uns dos mais importantes a ser tutelado, é um parâmetro para se averiguar se a posse, a propriedade, o uso, qualquer ocupação, enfim, está sendo exercida a fim de atender o interesse público.

Tal discussão veio a tona a partir de um caso concreto, ainda em trâmite na justiça federal do Rio de Janeiro. A ação civil pública, movida pelo Ministério Público Federal, levantou a questão acerca dos limites de uso de imóvel público para fins de reunião (recreação e desporto) de trabalhadores da instituição sediada ali.

O Jardim Botânico do Rio de Janeiro, bem tombado para fins de preservação de patrimônio natural e histórico, serviu de exemplo de bem público cuja ocupação e uso sofrem restrições não apenas infralegais e infraconstitucionais, mas constitucionais. Isto significa que, independentemente de haver ato normativo (genérico e abstrato ou de efeitos concretos), a Constituição impõe, desde logo e soberanamente, as limitações materiais ao uso, mediante qualquer tipo de ocupação ou posse, daquele terreno.

A posse, portanto, assim como a propriedade, deve ter sua função social devidamente exercida, para fins de coadunação ao ordenamento jurídico pátrio. A concepção da função social da propriedade, desenvolvida neste último século deve ser estendida as outras formas de apropriação e de uso dos bens, sejam temporárias e precárias (detenção, permissões de uso, etc), sejam definitivas (usucapião, por exemplo).

BIBLIOGRAFIA:

.Ação Civil Pública ajuizada na Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Processo originário nº 90.0028962-9; Apelação Cível nº 99.02.21918-7;

.GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo. Ed. Unesp, 1991;

.GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003;

GOMES, Orlando. atual. e aument. por Luiz Edson Fachin *Direitos reais*. Rio de Janeiro : Forense, 2007, 19.ed;

.MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, 21ªedição;

.MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2007, 23.ed;

.TORRES, Marcos Alcino. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social; Impacto das novas idéias na dogmática do direito de propriedade. A multiplicidade dominial*. Texto integrante da bibliografia da aula 2 da disciplina Direito das Cidades, ministrada em 2009/1, do Programa de Mestrado em Direito das Cidades, pela UERJ;

. www.planalto.jus.gov.br;

.Curso de Direito Avançado de Direito Privado, EMARF, TRF2: AÇÕES POSSESSÓRIAS (caso Jardim Botânico) E USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS; Palestrantes: Poul Erik Dyrland e Miriam Fontenelle; em 29 de Junho de 2009;