



Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Andréa Vulcanis

**Instrumentos de Promoção Ambiental e o Dever
de Indenizar Atribuído ao Estado**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
Programa de Pós-Graduação em Direito

Curitiba
Fevereiro de 2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Andréa Vulcanis

**Instrumentos de Promoção Ambiental e o Dever de Indenizar
Atribuído ao Estado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/PR como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas

Curitiba
Fevereiro de 2007
Andréa Vulcanis

**Instrumentos de Promoção Ambiental e o Dever de
Indenizar Atribuído ao Estado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/PR como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas
Orientador

Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Prof. Dr. Carlyle Popp

Curitiba, de fevereiro de 2007

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Andréa Vulcanis

Graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba em 1994. Cursou Especialização em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Santa Catarina em 2002. Procuradora Federal junto ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA desde 1996. Foi Chefe da Procuradoria Federal do IBAMA no Estado do Paraná entre 1999- 2002 e entre 2003-2006. Atualmente ocupa o cargo de Superintendente do IBAMA no Estado do Paraná. Professora de Direito Ambiental, autora de diversos artigos publicados.

V991i 2007	<p>Vulcanis, Andréa</p> <p>Instrumentos de promoção ambiental e o dever de indenizar atribuído ao Estado / Andréa Vulcanis ; orientador, Vladimir Passos de Freitas. – 2007. 185 f. ; 30 cm</p> <p>Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007</p> <p>Inclui bibliografia</p> <p>1. Direito ambiental. 2. Direito de propriedade. 3. Responsabilidade do Estado. I. Freitas, Vladimir Passos de. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>Doris 4. ed. 341.347 341.2739</p>
---------------	--

Para minha querida mãe – Aura - por sua dedicação, apoio,
carinho e amor que fizeram possível minha caminhada.

Agradecimentos

Ao meu orientador Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas pelo constante estímulo e incentivo.

Ao meu filho Pedro Henrique pelas horas de convívio que deixamos de estar juntos enquanto este trabalho era realizado.

Ao meu querido Dilnei pelo apoio, incentivo, auxílio e compreensão para a realização deste trabalho e para a vida.

Aos meus pais pela educação, atenção e carinho de todas as horas.

Ao Prof. Dr. Carlos Marés, pela ajuda.

Ao Prof. Carlyle Popp por ter acreditado e incentivado a proposta desde o seu nascedouro.

Ao IBAMA e a todos aqueles que trabalham neste Instituto e que auxiliaram e compreenderam a importância do trabalho.

A amiga Rita de Cássia pela leitura atenta e dicas que muito acrescentaram.

Aos colegas e amigos de trabalho que souberam compreender minhas ausências.

RESUMO

Vulcanis, Andréa. Instrumentos de promoção ambiental e o dever de indenizar atribuído ao Estado. Curitiba, 2007. p. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A presente pesquisa trata do dever de indenizar atribuído ao Estado quando este, para promover a qualidade ambiental, promove gestão do território instituindo instrumentos de promoção ambiental que, ao incidir fisicamente sobre a terra e os recursos naturais, incidem necessariamente sobre a propriedade privada, impondo a estas restrições de uso que não significam necessariamente restrições ao direito de propriedade. A hipótese que se pretende demonstrar é a de que a Responsabilidade do Estado, que confere a esta obrigação indenizatória em face de direitos de propriedade eventualmente atingidos pela instituição desses instrumentos, circunscreve-se aos casos em que estes afetem a essência do direito de propriedade, importando na absoluta perda de patrimonialidade, quando o direito subjetivo do proprietário, consistente na atribuição, conforme seu livre arbítrio, de uma função social à propriedade, restar inviabilizado. O trabalho parte da análise do meio ambiente enquanto bem de uso comum do povo, passa pelo estudo do direito de propriedade e dos instrumentos de promoção ambiental que incidem sobre a propriedade, notadamente a propriedade rural imobiliária e conclui com uma análise acerca da Responsabilidade do Estado. Parte-se da premissa de que a integralização dos bens ambientais ao patrimônio privado não pode conflitar com a impossibilidade de apropriação do meio ambiente, o que vincula o direito subjetivo do proprietário. Busca-se, assim, a melhor hermenêutica vinculada ao tema, tendo como escopo evitar-se a adoção de políticas públicas equivocadas, por ação, quando o Estado indeniza indevidamente, ou por omissão, quando o Estado deixa de adotar instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, por lhe faltar capacidade financeira para o custeio de indenizações que podem se apresentar indevidas.

PALAVRAS-CHAVE:

Responsabilidade; Estado; propriedade; direito ambiental; restrições; instrumentos de promoção ambiental; indenização.

ABSTRACT

Vulcanis, Andréa. Tools to foster environmental quality and the State obligation to provide indemnification. Curitiba, 2007. p. Master's Degree Dissertation. Law Post-Graduation Program. Pontifícia Universidade Católica do Paraná (*Paraná Catholic University*).

The present research focuses on the State obligation to provide indemnification when, in order to foster environmental quality, it creates tools that impact on land and natural resources physically. Consequently, they impose restrictions to private property uses. But, they are not necessarily restrictions to ownership. Seeing that ownership can be affected by such tools, this research aims at showing that the State responsibility, which assigns the State the obligation to provide indemnification, is limited to cases where those tools impact on the ownership essence. That's to say, when the owner is deprived of his ownership and his subjective right of attributing a social function to his property, according to his free will, is not feasible. The research starts with an analysis of the environment as a public asset, and then it carries out studies on ownership and tools to foster environmental quality that affect property, mainly rural real estate, and finishes analyzing the State Responsibility. Our starting point is the premise that the environmental asset integration into private ownership cannot conflict with the impossibility of appropriating the environment thus limiting the owner subjective right. So, we sought out the best hermeneutics connected to the subject and aimed at avoiding using mistaken public policies when the State indemnifications are incorrect or neglectful, and when the State does not use tools to foster environmental quality in private properties because it lacks financial competence to pay indemnifications which can be incorrect.

KEY-WORDS:

Responsibility; State; Property; environmental law; restrictions; tolls to foster environmental quality; indemnification.

Sumário

INTRODUÇÃO..... 1

CAPÍTULO 1

O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DE PROTEÇÃO JURÍDICA	5
1.1 O Objeto da tutela ambiental e o papel do Direito.....	5
1.2 O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Bem de Uso Comum do Povo.....	10

CAPÍTULO 2

DIREITO DE PROPRIEDADE E MEIO AMBIENTE.....	21
A evolução histórica do instituto da propriedade.....	21
2.1	
2.1.1 A propriedade: dos antigos até a Idade Média.....	24
2.1.2 A propriedade no período de transição entre o Renascimento e o Estado Liberal.....	30
2.1.3 A propriedade reinventada pelo Liberalismo	37
2.1.4 O processo de transformação da propriedade liberal.....	41
2.2 A propriedade no sistema jurídico contemporâneo.....	47
2.2.1 A propriedade e sua função social.....	50
2.2.1.1 O problema da indeterminação do conceito de função social da propriedade.....	50
2.2.1.2 Conteúdo e sentido de função social da propriedade.....	57
2.2.2 Direito subjetivo e propriedade.....	67
2.2.3 Direito subjetivo de propriedade x função social.....	74
2.2.4 Conteúdo econômico do direito de propriedade.....	77
2.2.5 Abuso do direito de propriedade.....	80
2.2.6 Direito de propriedade e meio ambiente.....	84

CAPÍTULO 3

INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO AMBIENTAL E SUA

CARACTERIZAÇÃO PERANTE O DIREITO DE PROPRIEDADE.....	91
3.1 Instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade: contextualização.....	91

3.2	Significado da expressão Instrumentos de Promoção Ambiental.....	94
3.3	Modalidades de espaços territoriais especialmente protegidos.....	96
3.3.1	Áreas de Preservação Permanente.....	97
3.3.2	Reserva Legal.....	103
3.3.3	Impedimento de utilização ou exploração de espécies da flora e fauna.....	106
3.3.4	Unidades de Conservação, Zonas de Amortecimento e Corredores Ecológicos.....	111
3.4	Outros instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade.....	123
3.4.1	Jardins Botânicos.....	123
3.4.2	Zoneamento Ambiental.....	125
3.4.3	Tombamento Ambiental.....	130

CAPÍTULO 4

O DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO E OS INSTRUMENTOS DE

	PROMOÇÃO AMBIENTAL	135
4.1	Elementos constitutivos da Responsabilidade Civil do Estado.....	137
4.1.1	Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado.....	140
4.1.2	A norma que prevê o direito e, conseqüentemente, a sua não-violação.....	143
4.1.3	O ato violador do direito subjetivo de propriedade.....	145
4.1.4	A caracterização do dano provocado pela ação estatal.....	147
4.2	Os instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade e a Responsabilidade do Estado.....	157
	Áreas de Preservação Permanente.....	157
	Reserva Legal e Impedimento de utilização ou exploração de espécies da flora e fauna.....	162
	Unidades de Conservação que admitem a propriedade privada, Zonas de Amortecimento, Corredores Ecológicos, Tombamento e Zoneamento.....	165

CONCLUSÃO.....	173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	178

Lista de figuras

Figura 1 - Propriedade: função social x direito subjetivo.....	75
--	----

INTRODUÇÃO

Durante as últimas décadas a questão ambiental consolidou-se nas agendas políticas nacionais e internacionais, tornando-se um tema imprescindível nos debates acadêmicos e na elaboração das políticas públicas.

Dentro desse quadro, tornou-se importante conciliar a análise científica com a construção normativa e a diversidade social no tocante ao uso dos recursos naturais, com o intuito de compor os diferentes interesses, pois há casos em que os objetivos de gestão dos recursos pelos diferentes atores sociais são contraditórios entre si ou até mesmo antagônicos.

Nesse passo, a exigência de proteção do ambiente natural vem estabelecer um problema particularmente importante para o Direito, que leva a uma aparente dicotomia a ser esclarecida pela doutrina, pela jurisprudência e pela legislação, com reflexos sobre as políticas públicas de gestão ambiental, que é a questão das relações recíprocas entre a garantia institucional da propriedade e do direito de propriedade, por um lado, e o da proteção do ambiente, por outro.

A questão fica mais complexa quando se tem a compreensão que é juridicamente incorreto dizer que o direito ao ambiente “pesa”, “vale mais” do que o direito de propriedade, na medida em que, formalmente, ambos têm o mesmo peso e valor constitucional.

A definição e delimitação desses conceitos e princípios produzem reflexos diretos sobre o instituto da Responsabilidade do Estado, uma vez que este, como gestor das políticas públicas e promotor do desenvolvimento social, ao passo em que tem o dever de realizar a proteção do meio ambiente e nesse mister, muitas vezes estabelece instrumentos de promoção ambiental, que em última análise, oferecem contornos específicos sobre a propriedade privada, também tem o dever de garantir essa mesma propriedade, notadamente quando esta cumpre sua função social.

O assunto apresenta variadas questões ainda sem solução pacífica, exatamente em razão do fato de que a promoção ambiental muitas vezes requer o estabelecimento de instrumentos que promovam a qualidade do meio ambiente e

2

isto ocorre, necessariamente sobre a propriedade, uma vez que proteção ambiental e propriedade ocorrem sobre a mesma base física, a terra e seus recursos naturais, vindo à tona discussão bastante atual sobre o cabimento ou não de indenização ao proprietário.

Esse é um problema sempre passível de impasse, surgindo uma série de questionamentos, tais como: Em todas as hipóteses em que o Estado agencia

instrumentos de promoção ambiental que incidam sobre a propriedade, a indenização é cabível, por configurar um despojamento do direito subjetivo do proprietário? Ou para configurar esse direito à indenização, há que haver uma limitação sobre o direito de propriedade que venha a afetar a sua essência, ou seja, precisaria ser de tal monta que impedisse o proprietário de continuar a caracterizar-se como proprietário? E na espécie de limitação parcial em que não se constitui perda da propriedade, falece pretensão indenizatória ao proprietário? O fato de ser um instrumento de promoção ambiental, que a todos beneficia, inclusive o proprietário, torna indevida a indenização? É necessário desapropriar para se determinar uma proteção integral (justificada) ou mais qualificada sobre um bem imóvel?

Visando a descrição desses conceitos, bem como para que se possa tratar da propriedade e de todas as questões formuladas e que estão merecendo respostas, o primeiro aspecto que foi considerado para o desenvolvimento do tema, tratado no Capítulo 1, foi a questão da tutela jurídica do meio ambiente. O escopo foi estabelecer, a partir da problemática ambiental, o papel do Direito, em um ensaio que demonstrasse a necessidade de que o Direito e sua hermenêutica dêem conta de oferecer respostas plausíveis ao tratamento da crise ambiental.

Ainda no Capítulo 1, no âmbito da discussão sobre a proteção jurídica do meio ambiente, este foi discutido perante sua definição constitucional enquanto “bem de uso comum do povo”, numa análise quanto a possibilidade de sua apropriação.

A compreensão do significado de “bem de uso comum do povo” conferido ao meio ambiente pela Constituição brasileira é relevante para o problema central que se discute no presente trabalho, pois a apreensão da temática acerca da possibilidade de apropriação dos bens ambientais constitui pressuposto essencial à formulação e proposta de solução do problema posto.

3

Assim, se a proposta é a discussão de indenização a direitos afetados, diante da proteção ao meio ambiente, faz-se necessário compreender até que ponto o proprietário de bens imóveis (porque os bens ambientais se realizam no território, onde tem sua base física) está habilitado a incorporar ao seu patrimônio os bens ambientais e a função ambiental que representam. Isso porque a reivindicação de indenização somente se pode dar sobre direitos legitimamente constituídos de modo que, o que não integra o direito do proprietário, não pode ser objeto de reivindicação indenizatória.

Deste modo, mostrou-se necessário o esclarecimento quanto a classificação do meio ambiente enquanto bem de uso comum do povo e a diferença jurídica estabelecida entre o meio ambiente e os bens ambientais que o compõe.

Estabelecidos esses conceitos mostrou-se importante o estabelecimento de uma discussão sobre a propriedade e o direito de propriedade, o que foi feito no Capítulo 2. Para tanto, de início, realizou-se uma digressão histórica, fazendo-se a reconstituição da relação entre homem e terra ao longo do tempo, no ocidente, visando a compreensão de que a propriedade absoluta não passou de mera criação cultural humana, num dado e circunscrito período, sendo que este absolutismo da propriedade não mais persiste, a partir do momento em que à esta foi conferida uma função social.

Foi discutido que a propriedade individual, nos dias atuais, ganhou novas luzes e os bens ganharam novos contornos. Procurou-se demonstrar que é preciso ajustar o interesse individual ao coletivo, mostrando que ambos são plenamente compatíveis, de modo que a realização concreta do direito de propriedade destina-se à satisfação de exigências de caráter coletivo. Assim, o direito de propriedade deixa de ser centrado na perspectiva individualista e passa a centrar-se na busca do interesse coletivo, de modo que a garantia da propriedade privada só vai até os limites fronteiriços do interesse social. Procurou-se, então, buscar o atual conhecimento acerca do conteúdo fundamental da função social da propriedade. Encerrou-se o Capítulo buscando esclarecer acerca do conteúdo do direito de propriedade em sua acepção jurídica contemporânea.

O Capítulo 3 foi reservado a tratar dos instrumentos de promoção ambiental que, por espalhar-se sobre o território, incidem necessariamente sobre os bens imóveis e propriedades existentes. Descreveu-se esses instrumentos e o alcance de sua natureza jurídica, especialmente para verificar em que situações tais instrumentos afetam o direito de propriedade ou são expressão concreta da função social desta.

Fato é que não raro a incidência de um instrumento de promoção ambiental na propriedade gera uma expectativa de recomposição de seu conteúdo econômico, notadamente sob o ponto de vista do lucro auferido através dos usos tradicionais conferidos à propriedade, independentemente de todas as mazelas ambientais que a utilização inapropriada da terra provoca.

Adentrou-se, assim, no quarto e último Capítulo ao estudo da responsabilidade estatal com o fim de se perquirir onde se situa, na teoria, a responsabilidade do Estado pela instituição de instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, considerando o conteúdo do direito de propriedade verificado no Capítulo 2 e a natureza jurídica de cada um dos instrumentos de promoção ambiental verificados no Capítulo 3, tendo como pressuposto o quanto foi analisado no Capítulo 1, para que ao final se pudesse extrair as conclusões acerca de quando surge a real obrigação do Estado em indenizar proprietários diante de envolvimento com a temática ambiental.

Procurou-se, assim, esclarecer acerca do conhecimento teórico presente, situando-se os liames entre o meio ambiente, o direito de propriedade e sua função social, os instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade e a responsabilidade do Estado, para se concluir quando, de fato, está o Estado obrigado a indenizar proprietários privados ao cumprir a obrigação que lhe é determinada constitucionalmente, de promover a qualidade ambiental.

O resultado que se pretende apresentar, entretanto, não tem a pretensão de ser uma obra terminada, como ademais, todo esforço intelectual no campo científico, tem valor provisório. O que se aspira é descrever, de forma objetiva, o direito de propriedade em suas manifestações atuais e os reflexos que a temática ambiental produziu e produz sobre o direito de propriedade.

1

O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DE PROTEÇÃO JURÍDICA

1.1.

O objeto da tutela ambiental e o papel do Direito

Dá-se início à presente investigação com uma abordagem, ainda que sucinta, acerca do objeto da tutela ambiental e o papel conferido ao Direito na proteção do meio ambiente, que valerá como pressuposto ao desenvolvimento do tema central desta dissertação.

O modelo de desenvolvimento adotado pela sociedade contemporânea, especialmente após a Revolução Industrial, e a concepção positivista de progresso, em que o homem deveria dominar a natureza, levou o Planeta Terra a uma situação em que se evidencia uma crise ambiental, ao passo em que a exploração incontrolada dos recursos naturais, aliada ao crescimento desordenado dos centros urbanos e as formas de gestão econômica da sociedade têm gradativamente impelido a que se vislumbre um comprometimento da vida no planeta. Leite ensina:

É inegável que atualmente estamos vivendo uma intensa crise ambiental, proveniente de uma sociedade de risco, deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida. Parece que esta falta de controle da qualidade de vida tem muito a ver com a racionalidade do desenvolvimento econômico do Estado, que marginalizou a proteção do meio ambiente.¹

Os estudos apontam alarmantes situações desse comprometimento, tais como, o aquecimento global, a extinção de espécies, acidentes e desastres ambientais com altos índices abióticos, poluição dos recursos hídricos, edáficos, atmosféricos, etc. Enfim, as previsões em face da manutenção do atual modelo de desenvolvimento não são nada otimistas.

A tomada de conhecimento por parte das nações sobre a crise ambiental que se apontava oficialmente, a partir da década de 1970 e o aparecimento dos movimentos ecologistas e preservacionistas, passou a ser refletido nas Cartas Constitucionais dos Estados que, por sua vez, passaram a incluir em seus textos os

6

chamados direitos de proteção ao meio ambiente. A Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo – Declaração do Meio Ambiente, em junho de 1972 - foi fundamental no papel de influenciar a mudança nos ordenamentos constitucionais nacionais que se inspiraram nos vinte e seis princípios que passaram a integrar o rol dos Direitos do Homem.

A referida Declaração do Meio Ambiente proclama que “os dois aspectos do meio ambiente, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para que ele goze de todos os direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma”.²

¹ LEITE, José Rubens. Morato. *Inovações em direito ambiental*. p. 13.

² NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre meio ambiente (1972)*. In: SILVA, G. E. do N. e. *Direito ambiental internacional*, 1995.

A inclusão da temática ambiental nas Constituições Nacionais e a conseqüente edição de instrumentos normativos infraconstitucionais fez nascer a necessidade de sua sistematização, organização e interpretação, visando a efetivar-se uma resposta consistente a essa novel e imperativa demanda social.

Assim, o Direito Ambiental surgiu da necessidade de proporcionar ao homem seu pleno desenvolvimento e como pressuposto do exercício e principalmente como fruição de todos os demais direitos fundamentais, o que somente pode se dar num ambiente natural, cultural e artificial que lhe propicie condições mínimas para tanto. Acerca do assunto veja-se a lição de Bachelet:

Torna-se cada vez mais difícil recusar aos Estados o direito de exercer a ingerência ecológica, já que os ataques ao ambiente se arriscam a tornar impossível qualquer outro exercício dos direitos do homem, uma vez que a agressão ecológica destrói a própria vida. Ora, sem vida, em que se transformam os outros direitos do homem?³

Desta forma, o Direito Ambiental, como ramo da ciência jurídica, surge a partir da constatação da crise ambiental que se abateu sobre a humanidade quando foi necessário apontar propostas regulatórias para as atividades humanas que deveriam passar a contemplar, em seu processo de realização, a proteção do meio ambiente.

Como toda proposta regulatória, a legislação ambiental indica vários instrumentos de ação, desde processos educativos, até repressivos. Contudo, as propostas de solução dos problemas ambientais têm se mostrado infrutíferas na

7

correção das enfermidades ambientais do Planeta. Tal questão perpassa pela efetividade do Direito e das normas, tema altamente debatido pela Filosofia do Direito e pela Ciência Jurídica, não se afastando dessa problemática o Direito Ambiental. Isso, porque, a mera criação da norma e sua validade no plano existencial de vigência não garantem a sua realização efetiva no plano fático e real.

Nesse passo, importante destacar que a questão ambiental foi posta em debate a partir de constatações de caráter científico que apontavam previsões de crise ambiental.

Foi a ciência, efetivamente, quem alertou a humanidade para o problema ambiental. Cita-se, por pioneiro, o chamado relatório do Clube de Roma coordenado pelo Professor Dennis Meadows que examinou os aspectos que

³ BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica*. p. 179-180.

limitam o crescimento no planeta – população, produção agrícola, recursos naturais, produção industrial e poluição, realizado nos anos 70. Em epítome, o Relatório do Clube de Roma conclui que faz-se imperativo tomar em conta que a Terra possui dimensão limitada; que os recursos naturais não-renováveis são finitos e seus estoques envolvem à medida que são consumidos; o crescimento populacional impulsiona um consumo acelerado dos recursos naturais, há ainda a pressão demográfica e o custo do crescimento material irrestrito. Termina-se esse relatório considerando-se a necessidade da criação de um fórum mundial para discutir os perigos e as esperanças para o sistema global futuro. Destaca-se ainda do relatório apontamentos dirigidos à necessidade de mudanças axiomáticas por parte da humanidade para que sua existência não se torne vã:

A última consideração que queremos apresentar é que o homem deve examinar a si próprio – seus objetivos e valores – tal qual o faz com relação ao mundo que procura mudar. A dedicação às duas tarefas deve ser infinta. O ponto essencial da questão não é somente a sobrevivência da espécie humana; porém, ainda mais, a sua possibilidade de sobreviver, sem cair em um estado inútil de existência.⁴

Apesar de todas as previsões, as crises de caráter ambiental não eram sentidas de perto pela humanidade quando o debate foi proposto na década de 70. Disso decorre, por certo, parte do problema da eficácia das normas ambientais.

8

Havia, e de certa forma, ainda há um divórcio entre a realidade social, especialmente dos países em desenvolvimento e a existência de normas de proteção ambiental, que, não raro, se põem em choque. É o que Reale aponta como o problema mais delicado no plano da eficácia das normas quando observa-se uma “vigência puramente abstrata, que não prenuncia uma experiência possível, e, como tal, sem qualquer efetividade”.⁵ Essa efetividade da norma somente será possível quando a temática ambiental produzir ressonância no seio social, o que passa a se dar quando a norma está integralizada aos valores humanos concretos.

Ressalte-se que, notadamente, nos países em desenvolvimento, a inserção de valores ambientais no corpo social é algo que entremeadamente choca-se com o modelo social que é desenvolvimentista, fundado no uso indiscriminado dos recursos naturais, tendo como pressuposto jurídico de validade

⁴ MEADOWS. Donella H, MEADOWS. Dennis L, RANDERS. Jorgen, BEHRENS II, WILLIAM. W, *Limites do Crescimento, Um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o Dilema da Humanidade.* p. 192.

⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* p. 611

o direito de propriedade. Tal choque produz-se essencialmente porque a demanda ambiental requer solidariedade como paradigma enquanto que o modelo de desenvolvimento praticado pelas nações, baseado na propriedade, é essencialmente individualista.

É flagrante que o desenvolvimento praticado pela sociedade moderna, baseado na industrialização sem fronteiras e sem ética ou responsabilidade, conduziu o Planeta ao atual e premente estado de crise ambiental. No entanto, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento ainda é meta a ser atingida, verificam-se as conseqüências funestas do modelo que, de resto, outorga à humanidade um imenso passivo ambiental.

A propósito do tema, Santos situa o problema do modelo de desenvolvimento industrial:

[...] a industrialização não é necessariamente o motor do progresso nem a parteira do desenvolvimento. Por um lado, ela assenta numa concepção retrógrada da natureza, incapaz de ver a relação entre a degradação desta e a degradação da sociedade que ela sustenta [...] se por desenvolvimento se entende o crescimento do PIB para assegurar mais bem-estar às populações, é hoje fácil mostrar que o bem-estar das populações não depende tanto do nível de riqueza quanto da distribuição da riqueza. A falência da miragem do desenvolvimento é cada vez mais evidente, e, em vez de se buscarem novos modelos de desenvolvimento alternativo, talvez seja tempo de começar a criar alternativas ao desenvolvimento.⁶

9

O crescimento econômico promovido pelo modelo capitalista, possibilitado através do desenvolvimento da tecnologia, não permitiu que se produzisse um desenvolvimento sustentável, que permitisse que os seres humanos pudessem ter qualidade de vida.

Assim, ao mesmo tempo em que se têm aeronaves supersônicas, espaçonaves que alcançam outros planetas, computadores da mais fina tecnologia, a humanidade, dia-a-dia condena-se, ao andar dos fatos presentes, a não ter água para beber, ar para respirar, recursos naturais ou alimentos suficientes para comer. As catástrofes ambientais decorrentes da agressão à natureza surgem em todo o Planeta, sistematicamente. Aponta-se, em resposta, processos lentos de conscientização ambiental e estabelecimento de instrumentos de controle ainda bastante ineficazes.

Um novo modelo precisa ser buscado, simplesmente porque agora não se está mais a falar somente de uma obscuridade cultural como a que ocorrera por ocasião dos ideais Iluministas, mas porque todas as conquistas que vieram sendo

⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente*. p. 28

realizadas durante todos os séculos, a perpetuar-se o comprometimento da vida no planeta, cairão por terra, porque não se pode falar de ciência, de direito, de solidariedade, de igualdade, de liberdade, para quem não tem sequer água para beber.

A solidariedade, neste passo, apresenta-se como palavra de ordem quando tratamos da questão ambiental e este princípio precisa adentrar às formulações jurídicas. A Constituição da República do Brasil estabelece em seu artigo 225 que “Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado...”.⁷ Ao assim dizer, o dispositivo constitucional reconhece e, mais do que isso, determina que a solidariedade seja exercida por todos, pois, não se pode falar em utilização individual de recursos naturais ou práticas nocivas ao meio ambiente sem que isso venha a ferir direitos de terceiros. É a exata noção de solidariedade que deve ser exercida para que, mais do que dar cumprimento a um mandamento constitucional, seja possível viabilizar a sobrevivência, com dignidade.

Faz-se importante dizer que o Direito, no formato Estatal no qual foi concebido e realizado, possui uma grande participação nesse processo de solução
10
ou contenção da crise ambiental, pois é através de sua força coercitiva que se apontam as primeiras respostas, sem se desconhecer que só o Direito não é instrumento suficiente a dar conta de todas as soluções, mas é talvez, o primeiro que se busque na remediação do problema. Entretanto, o Direito, sem que esteja consolidado numa proposta social democrática, fenece perante seu objeto de regulação.

Desta forma, pode-se concluir que o Direito Ambiental, para que possa ofertar uma resposta adequada, nesse momento de crise, deverá incluir na sua forma de regulação a participação democrática da sociedade, de modo que seja construído de forma discutida, pensada e acima de tudo compreendida, dentro de uma proposta em que todos repensem sua participação no seio social, compartilhando a tarefa de submeterem-se à regulação feita pelo Direito, na busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, necessário à superação dessa crise, quase suicida, em que a humanidade se colocou.

1.2.

⁷ BRASIL, Constituição (1988).

O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Bem de Uso Comum do Povo

A Constituição Federal de 1988 é a primeira constituição brasileira a incluir a defesa e preservação do meio ambiente de maneira explícita.⁸

A elaboração da norma fundamental de 1988 ocorreu quatorze anos após a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente realizada na cidade de Estocolmo, em junho do ano de 1972 e incorporou alguns princípios estabelecidos na Declaração do Meio Ambiente, assumindo os compromissos internacionais e internos do Brasil para com a questão ambiental.

A Constituição Brasileira, ao estabelecer o artigo nuclear da proteção ambiental constitucional, inscreveu o princípio da proteção e defesa ambiental no Título VIII - da Ordem Social – no Capítulo VI – do Meio Ambiente, e deu-lhe o conteúdo de direito fundamental.

Revestindo-se do caráter de Norma fundante do sistema jurídico, base de validade de todas as demais normas, impôs a todos, Poder Público e coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras

11

gerações, exigindo do poder público, para a efetividade deste direito, uma série de ações e a adoção de diversos instrumentos.

O artigo 225 da Constituição Federal, entremeadamente, em seus dispositivos, impõe limites às atividades humanas, limites estes a serem efetivados pelo Estado, estabelecendo verdadeiro postulado a orientar condutas que, de qualquer forma, produzam efeito sobre os sistemas de vida. Como bem observa Fiorillo, a proteção do meio ambiente deve ser levada em conta em “tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver”.⁹ Daí porque, afora os dispositivos do artigo 225, a Constituição inscreve-se permeada de princípios e normas ambientais disciplinando as atividades humanas.

Assim é que sobrevindo uma Constituição da qual o meio ambiente ecologicamente equilibrado fez-se inserido como princípio constitucional, há que se fazer uma leitura deste texto superior de forma a que se permita que todos os institutos constitucionais sejam entendidos em seu conjunto, como sistema, não se admitindo, como de resto não se admite em matéria constitucional, interpretarem-se os institutos de modo a que os mesmos entrem em rota de colisão. Desta forma,

⁸ SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. p.26.

⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. p. 41.

o direito de propriedade, o direito de livre iniciativa e livre concorrência, dentre outros, merecem ser vistos à luz dos princípios de proteção ambiental insertos no texto constitucional.

Como base jurídica e política inicial, a Constituição da República Federativa do Brasil, no Título relativo ao Meio Ambiente, introduz no sistema jurídico brasileiro o tratamento da questão ambiental, inserindo o meio ambiente ou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo.¹⁰

Entender o meio ambiente como bem de uso comum do povo faz-se necessário para a discussão que ora se propõe, na medida em que a definição como bem, importa necessariamente em perquirir acerca das conseqüências que tal condição se lhe impõe e os efeitos que isso pode produzir sobre a apropriação do meio ambiente e dos bens ambientais, com reflexos imediatos sobre o direito de propriedade.

12

A primeira circunstância que se impõe analisar, portanto, diz respeito ao significado do meio ambiente enquanto bem, vale dizer, o que o legislador constitucional quis quando deu ao meio ambiente a natureza de “bem de uso comum do povo”. Teria a Constituição utilizado o conceito filosófico de bem, ou de revés, teria a Constituição inserido o meio ambiente na conceituação tradicional de bem jurídico?

Tivesse a Constituição definido o meio ambiente como bem de uso comum do povo, em seu conceito filosófico, considerando que por bem se tem tudo que possa trazer satisfação, felicidade, ventura, ou seja, tudo que é desejável, seria o mesmo que tivesse dito que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por consistir em um proveito fundamental para a vida humana (traduzida na noção política expressa pela palavra povo), por todos desejada, seria igualmente por todos usufruível.

Consistindo a Constituição em norma política fundamental, não meramente jurídica, não seria de todo despropositado que o legislador constituinte tivesse anunciado a noção filosófica da expressão bem de uso comum do povo.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Art 225: “Todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo [...]”.

Contudo, não se pode deixar de considerar a possibilidade de ter o legislador constituinte se utilizado da expressão – bem de uso comum do povo – em sua acepção jurídica, conferindo à expressão, nesta hipótese, concepção um tanto diversa.

Os bens jurídicos foram descritos pela doutrina jurídica por meio do Direito Civil, que o compreende como o objeto da relação jurídica. Tendo o direito como objetivo disciplinar as relações humanas e considerando que estas têm como objeto coisas úteis ao homem e que, portanto, suscitam seu interesse, tais coisas, ao se transformarem no objeto das relações, ganham o *status* de bem jurídico. Assim, a doutrina civilística, na voz de Monteiro, conceitua bens como sendo os “valores materiais ou imateriais, que podem ser objeto de uma relação de direito”.¹¹ Nesse diapasão, estão contidos na expressão bens, coisas e direitos que possuam expressão valorativa e que, por essa razão, são sujeitos à apropriação. Mas uma vez, leciona Monteiro: “Não são todas as coisas materiais que interessam ao mundo jurídico. Somente interessam ao direito coisas suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem [...]”.¹²

13

Desta sorte, no campo jurídico, que se vale também dos conceitos da ciência econômica, bens são coisas suscetíveis de apropriação pelo homem e legalmente alienáveis, economicamente apreciáveis.

Resta claro, destarte, que como bem, tivesse a Constituição utilizado a acepção jurídica tradicional, teríamos o meio ambiente ecologicamente equilibrado como algo que, em razão de seu valor, e porque suscita interesses, está sujeito à apropriação humana.

Nesse sentido e interpretando o texto constitucional à luz do Direito Civil, verificaríamos a coisificação do meio ambiente, reduzindo-o a valores exclusivamente materiais.

Cumpra observar que a legislação civil contempla tratamento expresse para os bens, sendo que o Código Civil, em seu artigo 99¹³ define os bens de uso comum do povo como aqueles bens integrantes do patrimônio público, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno e exemplifica: são os rios, mares, estradas, ruas e praças.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. p. 135.

¹² MONTEIRO, W.de B. *Idem*, *ibidem*.

¹³ BRASIL, Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 99: “São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças [...]”.

Assim, na acepção civilística, o meio ambiente ecologicamente equilibrado seria um bem cuja apropriação se daria pelo Estado, permitindo-se ao povo, no entanto, a sua utilização. Como visto, o Código Civil regulamentou as diversas espécies de bens, inclusive a categoria de bens públicos de uso comum do povo, os quais se destacam como aqueles que podem ser utilizados por qualquer pessoa indistintamente – *res communis omnium*. A comunidade pode usá-los, mas, no que toca à propriedade, pela concepção tradicional, pertencem à pessoa jurídica de direito público interno.

A condição de pertencerem ao poder público confere a tais bens um tratamento próprio e típico. O primeiro aspecto a ser lembrado diz respeito à responsabilidade do Estado. Ainda que bem de uso comum do povo e, portanto, bens utilizados por todos os membros da coletividade, ao Estado cabe responder por danos a terceiros. É o que se extrai de Meirelles:

O que convém fixar é que os bens públicos de uso comum do povo, não obstante estejam à disposição da coletividade, permanecem sob a administração e vigilância do Poder Público, que tem o dever de mantê-los em normais condições de utilização pelo público em geral. Todo dano ao usuário, imputável

14

à falta de conservação ou a obras e serviços públicos que envolvam esses bens, é da responsabilidade do Estado, desde que a vítima não tenha agido com culpa.¹⁴

Ademais, enquanto pertencentes ao patrimônio da pessoa jurídica, os bens de uso comum do povo podem ser desafetados de tal condição e passarem a integrar outra categoria de bens públicos (especiais ou dominicais) podendo, inclusive, ser alienados: “A desafetação de um bem de uso comum para torná-lo de uso especial ou integrante dos bens patrimoniais depende de lei específica ou de ato da autoridade competente, de conformidade com a lei”.¹⁵

Bem se vê que o tratamento jurídico civil dado aos bens de uso comum do povo não se adapta às características do meio ambiente. A uma porque a responsabilidade por danos praticados ao meio ambiente não é exclusiva do Estado, mas atribui-se a qualquer um que praticar atos lesivos.¹⁶ Por outro lado, não se admite que, por ato do Estado, o meio ambiente possa ter sua condição de interesse público suprimida, permitindo-se a sua desafetação como bem de uso

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p.427.

¹⁵ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. p. 392.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Art. 225 ... § 3.º “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”.

comum do povo. Fosse uma praça, bem de uso comum do povo assim declarado pela lei civil, poder-se-ia falar em sua desafetação o que retiraria aquela qualidade para atribuir-lhe outra, de fins públicos ou não, conforme o caso. O mesmo não se pode dar com relação ao meio ambiente, na medida em que sua afetação como bem de uso comum do povo decorre da sua própria natureza, declarada constitucionalmente, diga-se. Certamente não há como se classificar, dentro do mesmo instituto jurídico, uma praça e o meio ambiente. Franco leciona:

Cabe verificar qual a natureza jurídica do bem ambiental, pois, apesar da expressão utilizada pela Constituição bem de uso comum do povo, este não se confunde com os bens públicos de uso comum do povo assim classificados pelo art. 99, I, do Código Civil, uma vez que estes estão necessariamente sob a titularidade das Pessoas Jurídicas de Direito Público, enquanto o Bem Ambiental tem titularidade difusa e pode ser exercida mesmo contra o próprio Estado.¹⁷

Sendo assim, ficássemos com o conceito filosófico de bem de uso comum do povo, estaríamos, certamente, mais próximos da intenção constitucional. Certamente, não quis o legislador constituinte conferir ao meio ambiente o

15

tratamento de bem de uso comum do povo em sua acepção civilística. Assim, deve-se perquirir se o sistema jurídico oferece outras propostas de solução à questão.

Nesse passo é de se lembrar que a temática ambiental não se insere no âmbito do Direito Civil que, por concepção, trata das relações entre particulares, regulando interesses individuais, portanto, contidos no âmbito do direito privado.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entretanto, está entre aqueles direitos ditos difusos, que regulam interesses metaindividuais, sem titularidade determinada e que por isso recebem tratamento jurídico diverso do tratamento dado aos direitos individuais, notadamente aqueles direitos nitidamente privatísticos tratados no âmbito do Direito Civil. Da lição de Piva: “Como se vê, a norma constitucional em questão, uma norma de natureza escancaradamente ambiental, veio proteger um interesse igualmente ambiental, dando origem a um direito de igual natureza. Um direito ambiental, difuso”.¹⁸

Em se tratando de direito difuso, a teoria civilística não se afigura como a mais apropriada para tratar da matéria, porque concebida, para regular interesses entre particulares. Logo, necessário afastar-se a concepção civilística de bem de uso comum do povo proposta pelo Código Civil, restando verificar se restaria, no

¹⁷ FRANCO, José Gustavo de Oliveira. *Direito Ambiental, Matas Ciliares*. p. 79.

¹⁸ PIVA, RUI Carvalho. *Bem ambiental*. p. 33.

sistema jurídico, uma outra natureza jurídica de bem de uso comum do povo, defensável.

Certo é que a normatividade ambiental decorrente dessa novel problemática humana, que é a necessidade de promoção do equilíbrio ecológico, fez surgir no campo jurídico uma nova disciplina que objetiva tratar do tema. O Direito Ambiental empreende um trabalho de sistematização das leis ambientais, buscando soluções e conformações dentro do sistema jurídico que possibilitem que este seja operado permitindo a ordenação da qualidade do meio ambiente, com vistas a uma boa qualidade de vida. Para tanto, conta com princípios próprios, que permitem e induzem a uma releitura do sistema jurídico, de modo a que este seja harmonizado.

Desta forma, há que se buscar no Direito Ambiental uma fórmula que permita uma melhor caracterização do meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto bem de uso comum do povo, vez que, como visto, a categoria jurídica tradicional do direito civil não responde adequadamente à problemática.

16

Neste sentido, algumas construções doutrinárias têm-se dado na tentativa de definir o meio ambiente como bem de uso comum do povo.

Parcela da doutrina vem desenvolvendo a idéia de que a concepção trazida pela Carta Constitucional, em função do regime de apropriação e uso do meio ambiente, criou uma nova categoria de bens, portanto, não regida pelo sistema vigente. Silva denomina-os bens de interesse público e afirma o autor: “Ficam eles subordinados a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e à disponibilidade e também a um particular regime de polícia de intervenção e de tutela pública”.¹⁹ Nesse mesmo sentido, o entendimento de Leite: “ o legislador constitucional [...] elencou o bem ambiental como disciplina autônoma e a título jurídico autônomo”.²⁰ Marés acrescenta:

A limitação imposta a estes bens de interesse público é de qualidade diferente da limitação geral imposta pela subordinação da propriedade privada ao uso social. As limitações gerais produzem obrigações pessoais aos proprietários que devem tornar socialmente úteis suas propriedades, enquanto as limitações impostas a estes bens de interesse público são muito mais profundas porque modificam a coisa mesma, passando o Poder Público a controlar o uso, transferência, a modificabilidade e a conservação da coisa, gerando direitos e

¹⁹ SILVA, José Afonso. *Op. cit.* p. 56.

²⁰ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial* . p. 87

obrigações que ultrapassam a pessoa do proprietário, atingindo o corpo social e o próprio Poder Público.²¹

No entanto, o que a doutrina vem chamando de bens de interesse público ainda não foi objeto de uma análise conceitual mais apurada. Não obstante, é consenso que a característica básica dos bens jurídicos de índole civil, que é a apropriação, está afastada no direito ambiental na medida em que o meio ambiente não é sujeito à apropriação. Extrai-se do pensamento de Mirra: “É importante observar, ainda, que, por pertencer a todos indistintamente e ser indisponível, o meio ambiente é igualmente insuscetível de apropriação, seja pelo Estado, seja pelos particulares”.²² Ainda da lição de Marés:

Estes direitos (direitos coletivos existentes na proteção jurídica dos bens ambientais e culturais) são verdadeiro direito real coletivo sobre coisa alheia, com todas as características dos direitos reais, oponíveis *erga omnes* e diretamente relacionados a um bem jurídico. Neste caso um bem jurídico

17

especial, que ganhou uma proteção extra, capaz de alterar sua essência, modificando o regime de propriedade, impondo-lhe limitação, transformando mesmo sua função social.²³

Retirando-se do meio ambiente a característica apropriatória, que em geral é dada a todos os bens jurídicos, retira-se dele a principal condição que leva qualquer interesse a ser regulado pelo Direito Civil, que é a expressão econômica que pudesse a ele ser atribuído, sujeito a integração ao patrimônio individual o que retira o meio ambiente do âmbito de negociações de qualquer ordem. Trata-se de bem absolutamente indisponível.

Desta sorte, para o Direito Ambiental, o meio ambiente, enquanto bem, não se afigura como mero objeto de uma relação jurídica, em que duas partes, demonstrando interesse sobre tal objeto, pudessem dele livremente dispor. O meio ambiente assim, não pode ser visto como objeto de uma relação jurídica.

Essa “des-objetização” e sua conseqüente inapropriação (o que não é objeto da relação jurídica não pode ser apropriado), conferida ao meio ambiente, produz reflexos sensíveis na disciplina jurídica proposta, eis que promove mudanças conceituais fundamentais nos institutos de Direito. Como visto, o conceito jurídico de bem de uso comum do povo já não pode mais ser aquele

²¹ MARÉS, Carlos Frederico. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. p. 23.

²² MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. p.38

²³ MARÉS, Carlos Frederico. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. p. 178.

perseguido pelo direito privado e definido entre os artigos 98 e 103 do Código Civil.

Isso produz reflexos imediatos sobre vários institutos, em especial, o direito de propriedade, que cuida de perto da apropriação dos bens. Se o meio ambiente não pode ser apropriado, não se pode exercer sobre ele qualquer direito de propriedade que conflite com essa condição.

No que toca ainda ao tema do meio ambiente enquanto bem, verifica-se que a doutrina jurídica considera o meio ambiente como macrobem, ou seja, bem incorpóreo e imaterial que não se confunde com os bens que o compõem (floresta, rio, mar, fauna, ar, água). Assim, o meio ambiente se manifesta como entidade, em que se releva “o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa”.²⁴

Portanto, vislumbra-se a hipótese de um caso de bem imaterial, dito macrobem, composto por bens materiais, corpóreos, ditos microbens estes, em

18

muitos casos, sujeitos ao regime de apropriação e utilização estabelecidos pela lei comum: civil ou administrativa. Citamos lição de Leite: “Por outro lado, reafirma-se que o meio ambiente pode ter uma concepção de microbem, relativamente à propriedade e a outros interesses a esta subjacentes. Este bem pode pertencer ao setor público ou privado, inclusive à pessoa física ou jurídica”.²⁵

Assim, pela concepção posta no sistema legal vigente estar-se-ia admitindo a possibilidade de existência de um bem imaterial, não sujeito a regime de apropriação, por ser considerado bem de todos, composto por um complexo de bens materiais, os chamados microbens ambientais, apropriáveis pelo poder público ou por particulares e que em assim sendo, contém os elementos jurídicos de constituição da propriedade, quais sejam, o uso, gozo e disposição. Necessária uma análise mais detida desses institutos, no âmbito do sistema jurídico, visando a evitar contradições. A pergunta que se faz é: como compatibilizar o uso de algo que é inapropriável com a apropriação característica dos elementos que o compõe? Não haveria uma incompatibilidade em admitir-se a apropriação de partes que compõem um todo inapropriável? Franco destaca essas inter-relações quando ensina:

²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. *Função ambiental. Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. p 75.

²⁵ LEITE, José Rubens. Morato. *Op. Cit.* p. 236.

Verifica-se, entretanto, também nesta interpretação, que o macrobem ambiental, mantém a vinculação direta com os microbens, pois neles prioritariamente se sustenta, acarretando abalo ao equilíbrio que constitui o macrobem, a inobservância das normas atinentes aos microbens ambientais.²⁶

Ressalte-se, no que diz respeito ao direito de propriedade de que decorre o regime de apropriação, que o sistema civilista confere ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor dos bens,²⁷ conforme ensina Monteiro:

[...] o direito de usar compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisa a auferir-lhe os produtos. O direito de dispor, o mais importante dos três, consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem.²⁸

19

É importante destacar que a doutrina reconhece inclusive um direito subjetivo fundamental da coletividade sobre os microbens, estes, como foi dito, objeto de apropriação particular. Vê-se uma situação em que a coletividade tem direito subjetivo sobre um direito individual, o que poderia criar uma certa perplexidade, diante do fato de que tais bens são sujeitos a apropriação, dispondo o proprietário, portanto, das faculdades que são inerentes à propriedade. Ainda dos ensinamentos de Leite:

Nesta concepção micro, o meio ambiente está sujeito a dois tipos de interesses jurídicos: a título de interesse individual, quando envolver interesses próprios; a título de direito subjetivo fundamental, quando, além de ferir o interesse individual, fere concomitantemente o direito pertencente à sociedade coletivamente organizada. Ilustrando a concepção micro, pode-se dizer que, na forma do art. 20, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, os recursos naturais, inclusive os do subsolo, pertencem subjetivamente à União. No setor privado, pode-se dizer que o particular pode ser proprietário de área considerada de preservação permanente, conforme estipulado pelos arts. 1º, 2º e 6º do Código Florestal (Lei 4.771, de 1.965).²⁹

Assim, se o microbem pode estar sob regime de apropriação individual é necessário que essa apropriação não se incompatibilize com o direito subjetivo fundamental que a coletividade tem sobre esse microbem, da mesma forma que esse regime de apropriação não pode se incompatibilizar com o fato de que o

²⁶ FRANCO, José Gustavo de Oliveira. *Op. Cit.* p. 78.

²⁷ BRASIL. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. “Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. Cit.* p. 91.

²⁹ LEITE, José Rubens. Morato. *Op. Cit.* p. 236.

macrobem – meio ambiente ecologicamente equilibrado – é bem de uso comum do povo.

A solução que se apresenta perpassa pela idéia de que convivem, num mesmo espaço e incidindo sobre os mesmos objetos, duas naturezas jurídicas sobre os bens da natureza, ora concebidos como bens comuns, suscetíveis de apropriação, ora concebidos como bens ambientais, que nessa condição não admitem regime apropriatório. Como convivem num mesmo sistema jurídico e sobrepostos, deve-se entender que a apropriação possível dos microbens ambientais é exclusivamente aquela que não leve à apropriação individual ou exclusiva do meio ambiente.

A apropriação dos microbens ambientais segue o regime de Direito Civil ou Administrativo conforme se esteja a falar de apropriação privada ou pública, respectivamente. Entretanto, convive no mesmo espaço e incidindo sobre os mesmos objetos, um regime, de direito ambiental que impede que o meio

20

ambiente, bem imaterial, seja negativamente afetado pela apropriação dos microbens que o compõem.

A concepção ora posta difere em muito do que em geral se propõe, que é a idéia de limite de uso que se impõe aos bens ambientais. O uso que se faça dos elementos corpóreos que fazem parte do meio ambiente não está limitado pela necessidade de preservação deste. Não se pode trazer a idéia de limite de uso, como limite de direito, na medida em que em verdade, o direito não está limitado, ele simplesmente não existe.

As conseqüências jurídicas decorrentes dessa idéia são significativas, em especial sobre o instituto da propriedade, na medida em que não se fala mais em limites ao direito de propriedade, mas no uso da propriedade conforme o direito.

2

DIREITO DE PROPRIEDADE E MEIO AMBIENTE

2.1

A evolução histórica do instituto da propriedade

SAUDOSA MALOCA

*Se o sinhô não ta alebrado, dá licença de contá
Que aqui onde agora está
Esse ardifício arto
Era uma casa véia, um palacete abandonado
Foi aqui seu moço que eu, Mato Grosso e o Joca, construímo nossa maloca
Mas um dia, nós nem pode se alebrar
Veio os home com as ferramenta
O dono mandô derrubá
Peguemo tudo as nossas coisa
E fomos pro meio da rua apreciá a demolição
Que tristeza que eu sentia
Cada taubua que caía, doía no coração
Mato Grosso quis gritá, mas em cima eu falei:
Os home tá com a razão, nós arranja outro lugá
Só se conformemo, quando o Joca falou: Deus dá o frio conforme o cobertô
E hoje nós pega as paia, nas grama do jardim,
E pra isquecê, nós cantemos assim, assim, assim, assim, assim,
Saudosa maloca, maloca querida, dindindonde nós passemos, dias feliz de nossas vida.*

Saudosa maloca, maloca querida, dindonde nós passemos dias felizes de nossa vida.”

Adoniram Barbosa³⁰¹

Indagar sobre a propriedade, com a intenção de fazer um trabalho de investigação, para concluir sobre a atual situação jurídica que o tema suscita, face às demandas de ordem ambiental, comporta discutir essa propriedade que, como certamente descrito na música de Adoniram Barbosa, admitiu e prestigiou a exclusão; permitiu ao proprietário ou dono, usar ou não usar a coisa, até abandoná-la; autorizou o proprietário tirar os frutos da coisa ou não, como melhor lhe

22

aprouvesse; aceitava que o proprietário lhe desse a destinação que entendesse conveniente ou então não lhe desse destinação alguma; tolerava a expulsão de quem quer que não detivesse o domínio e, em caso de reação, colocava-se a máquina do Estado à disposição, através do poder judiciário, com juízes, serventuários, orçamento público... Dispunha, ainda, de força policial, para fazer cumprir a ordem Estatal de expulsão, sem que o Estado, ente cuja razão de existência é a proteção de todos, se importasse com o destino dos não-proprietários, sem se interessar se o mínimo que o Estado deveria garantir, que é a dignidade da pessoa humana, seria afiançada, permitindo que seres humanos, despejados, procurassem abrigo nas ruas, ficando ao encargo de sua própria sorte. Tudo em nome do inexpugnável direito de propriedade, direito individual, que foi criado e construído assim, absoluto.

A música retrata com muita fidelidade esse direito: um palacete abandonado, um dono que resolve lhe dar outro destino, sem prévio aviso, após permitir-se, por certo tempo, não utilizá-lo, expulsa para o meio da rua seres humanos que, apesar da revolta, nada podem reclamar, já que, como retratado na letra, “os home tá com a razão” [SIC]. Esse foi o direito de propriedade que, para além das construções jurídicas e políticas, foi absorvido pela sociedade como certo, correto, inatingível, não importando, se há ou não justiça no exercício do direito, apesar de algumas, não poucas insurreições, raramente, contudo, ouvidas.

¹ ADONIRAM BARBOSA. Saudosa Maloca. Letra extraída do site <http://joão-gilberto.letras.com.br/letras/66692/>. Acesso em 12 de jan. 2007.

Assim, discorrer sobre o direito de propriedade é enfrentar uma certa incorporação sociocultural, um forte apego oligárquico, um arraigado embate político, um pensamento conservador e, como se não bastasse, uma ciência do direito que por praticamente dois séculos de desenvolvimento de um instituto, descreveu-o para ser irrestrito.

É nesse contexto que o direito de propriedade vem sendo descrito como “o terrível direito”.³¹² E assim o é por seu conteúdo, pois outorgou a seus titulares o maior poder que juridicamente concebeu-se sobre a realidade. Tratava-se de conferir a alguém a capacidade soberana de dispor, em todos os sentidos da expressão, excluindo todos os demais, a decisão sobre algo, seja a terra, a água, os animais, as árvores, os objetos e em dado momento histórico até as próprias

23

peças. Significava submeter essas coisas ou pessoas ao poder do proprietário, sem cujo consentimento, nada é possível e a mando do qual tudo era permitido.

Proudhon alcinhou a famosa sentença segundo a qual “A propriedade é um roubo”.³²³ De fato, a idéia não é absurda. Uma investigação que fosse possível sobre a cadeia de propriedade de certo objeto até a sua origem, em particular a propriedade da terra, remontaria, com grande probabilidade, a um ato de usurpação, inclusive de grupos coletivos que jamais conheceram o instituto da propriedade privada.

Não se olvide que a propriedade tem sido, ao longo dos últimos séculos, a coluna vertebral da sociedade moderna, sob a qual sustentam-se a política, a economia e o desenvolvimento, não obstante estar assentada num direito que vem sendo criticado há muito. O que se põe como alvo de discussão afeta o coração da organização social ocidental porque contribui com a definição dos espaços em que a sociedade se organiza: o privado e o público. Coloca-se a seguinte questão: o que deve pertencer ao comum e o que deve ser, por outro lado, objeto de apropriação privada?

Ademais, não faltam aqueles que defendem o instituto com muito afincamento, usando o princípio da liberdade como escudo, além do papel que a propriedade tem desempenhado, ao permitir o desenvolvimento e a prosperidade.

² RODOTÀ, Stefano. *El Terrible Derecho: Estudios sobre la propiedad privada*. Livre tradução.

³ PROUDHON, Pierre Joseph. *Que es la propiedad?* Livre tradução.

Assim, é necessário, para a investigação que ora se propõe, buscar, considerando o tempo histórico, a origem desse direito de propriedade absoluto. Desse modo, a investigação poderia ser fixada a partir da Revolução Francesa e do Código de Napoleão, onde seriam encontrados os fundamentos que elevaram a propriedade à sua condição suprema.

Contudo, não se deixará de fazer uma brevíssima incursão histórica, tentando localizar os fundamentos epistemológicos que indicam, no decorrer da história, a razão da apropriação e sua importância para o desenvolvimento humano, perquirindo sobre a função da apropriação como única forma cientificamente capaz de justificar o direito de propriedade. A importância dessa investigação é retratada por Figueiredo:

24

Como se processou historicamente a evolução do instituto da propriedade, qual é a sua conceituação jurídica e quais são os seus fundamentos filosóficos constituem indagações da maior relevância e são indispensáveis para que possamos alcançar a compreensão do conflito entre homem e natureza [...].³³⁴

De se observar que o direito que se assenta sobre a propriedade se manifesta muito sensível às transformações das condições históricas e às contingências que lhe deram origem, de modo que, uma vez desaparecidas essas razões históricas, o direito deixa de se justificar no processo de compreensão da realidade. Desta forma, quando não há coincidência entre realidade e norma ou entre norma e compreensão desta, adaptada ao tempo em que se insere, iniciam-se os conflitos e os vícios do sistema e, via de conseqüência, suas deformações. Dentre estas, vale a pergunta: o que estaria fundamentando, com sustentação no direito de propriedade, o desflorestamento desenfreado das reservas florestais brasileiras?³⁴⁵

2.1.1

A propriedade: dos antigos até a Idade Média

⁴ FIGUEIREDO. Guilherme José Purvin de. *A propriedade no Direito Ambiental*. p. 42.

⁵ Cita-se para exemplificar essa realidade através do seguinte excerto extraído de matéria veiculada na imprensa nacional: “A contradição é triste: apesar da imensa biodiversidade brasileira, um ecossistema inteiro está prestes a desaparecer. No sul do país, um grupo de ambientalistas quer salvar o 1% que resta da floresta de araucárias, símbolo dos Estados do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul”. *In Revista Época*, nº 439, 16 de outubro de 2006. *Nossos passos sobre a Terra*. p. 51.

Remontando à Grécia e à herança que esta deixou ao Império Romano, é possível identificar que havia, àquele tempo, a noção de apropriação de bens e de propriedade privada que era efetivamente praticada, contudo, calcada em princípios muito diversos dos contemporâneos.

Retrata a história que a propriedade entre os antigos era fundada em princípios familiares e religiosos. A organização social, bastante diferenciada entre os antigos, propunha dois espaços de convivência humana, conforme ensina Arendt: “a distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado [...]”³⁵⁶.

25

A vida em família, de caráter privado para os antigos, era absolutamente distinta da esfera pública, onde era dado ao homem-cidadão o direito de ser visto e ouvido por outros, onde se lhe permitia realizar grandes feitos, imortalizando a figura humana, realizando, desta sorte, intentos mais perenes do que a vida.

A vida enquanto sustento, de sua vez, era dada no âmbito da família, esfera privada que não se comunicava com a esfera pública. Na esfera privada, dava-se a organização do lar e se realizavam os cultos religiosos que determinavam, de sua vez, a fixação da família ao solo, na medida em que cada família possuía seus próprios deuses e estes se instalavam no local onde os mortos eram enterrados. Coulanges afirma com propriedade:

[...] A família está vinculada ao lar, e este, fortemente ligado à terra; estabeleceu, portanto, uma estreita relação entre o solo e a família. Aí deve se fixar a sua residência permanente, a que ele jamais abandonará, a não ser quando for a isso obrigado por alguma força superior. Assim como o lar, a família ocupará sempre esse lugar. O lugar lhe pertence: é sua propriedade, e não de um só homem, mas de uma família, cujos diferentes membros devem, uns após os outros nascer e morrer ali.³⁶⁷

Concebe-se, portanto, entre os gregos, uma origem bastante diversa da atual, como fundamento da propriedade. Afinal, era na propriedade que o homem identificava-se com a sua origem existencial. Era a explicação divina da sua origem

⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. p. 37.

⁷ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. p. 67.

e a sacralização disso que permitia fixar homem à terra. Arendt explica que, diferentemente do que ocorreria na modernidade, a propriedade entre os antigos tinha como explicação e razão de ser o fato de que era através dela que se identificava o lugar que o sujeito tinha no mundo.³⁷⁸

Era em razão dessa situação, de localização existencial do homem no mundo, que a propriedade ganhou caráter sagrado àquele tempo. A importância da propriedade entre os antigos dava-se, ainda, porque ela era a porta de acesso à esfera pública, garantindo ao cidadão o direito de participação política, o que denotava, fundamentalmente, a condição humana, já que quem não era proprietário não era visto como humano. Arendt afirma: “ser político significava atingir a mais alta

26

possibilidade da existência humana; mas não possuir um lugar próprio e privado (como no caso do escravo) significava deixar de ser humano”.³⁸⁹

Assim, identifica-se que o significado da propriedade entre os antigos estava vinculado à condição humana e nada tinha de semelhante com a riqueza, esta permitida a todos, inclusive aos escravos. Deste modo, a propriedade era importante porque identificava o local de existência no mundo e, em assim o fazendo, permitia que o homem-cidadão ascendesse à sua condição de ser sobrevivente (como qualquer animal) e atingisse a sua condição verdadeiramente humana, quando então lhe era permitido ultrapassar a barreira da morte, sobrevivendo através de seus feitos, que aconteciam, de sua vez, na esfera pública.

Importante destacar que, entre os gregos, predominava o entendimento de que a imortalidade do homem dava-se pelo que ele representava e realizava em vida, através de seus feitos. Isso influenciou toda uma forma de concepção da existência que dirigia o pensamento a buscar explicações sobre a vida na própria vida. Aliado a isso, ainda havia o fato de não haver a centralização política na figura de um rei:

A idéia de rei divino desaparece, cedendo espaço para que a política e o governo se tornem cada vez mais um assunto e uma atividade essencialmente humanos

⁸ ARENDT, Hannah. *Op. cit.* p. 71.

⁹ ARENDT, Hannah. *Op. cit.* p. 74

[...] os destinos da polis são de responsabilidade de todos os cidadãos, acima dos quais não há nada a não ser as leis que eles mesmos elaboraram[...].³⁹¹⁰

Quanto aos aspectos de funcionamento prático da propriedade no Mundo Antigo, ensina Figueiredo:

O caráter sagrado do direito de propriedade implicava na inalienabilidade da terra. E, se o fundamento da propriedade era a religião e não o trabalho, a relação entre número de famílias e de propriedade era sempre constante. Ademais, a propriedade era sempre familiar, não se concebendo propriedades individuais.⁴⁰¹¹

O decurso histórico promoveu uma mudança no pensamento e o surgimento do Império Romano que, no plano político, adotou o despotismo, além das mudanças de caráter religioso, faz com que o povo grego altere a compreensão que

27

tinha de si mesmo. Se até então a política era fundamental para definir o cidadão⁴¹¹² como ser humano, isso deixa de existir, pois, no Império Romano, todos passam a ser considerados homens, na medida em que gregos e bárbaros igualavam-se na condição de súditos. Disso decorre que a filosofia volta-se a se preocupar com a intimidade, a vida privada, regras de conduta pelas quais as pessoas podiam viver bem.

Por certo que essa passagem de concepções sobre a propriedade não aconteceu de forma rápida, tendo havido uma série de intercorrências de caráter histórico e filosófico que passaram a dirigir o pensamento nas mais diversas épocas, influenciando, decisivamente, a visão que o homem passava a ter sobre a sua ligação com a terra.

Nesse aspecto, importante destacar que o Império Romano, que tinha anteriormente a sua economia baseada na agricultura e no pastoreio, quando chega a seu auge, atrai a chegada de vários outros povos, o que alterará não só a cultura, como a base econômica deste povo que passou a se dedicar à manufatura e comércio. No plano político, verifica-se a consolidação de suas principais instituições, como o Senado, composto de grandes proprietários que representavam os patrícios.

¹⁰ ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da Filosofia*, p.22-23.

¹¹ FIGUEIREDO. Guilherme José Purvin de. *Op. cit.*, p. 45.

¹² Nota da autora: Por cidadão, para os gregos, entendam-se os homens dos sexo masculino, excluídas as mulheres, as crianças, os escravos e os estrangeiros.

Os patrícios, de sua vez, passam, com o decorrer do tempo, a deter o poder econômico e militar, além do poder político, conforme ensinamento de Abrão: “A plebe – pequenos proprietários, comerciantes e artesãos – e os clientes (espécie de agregados dos patrícios), para não falar dos escravos, não tinham acesso ao poder”.⁴²¹³

Essa situação política e econômica passou a gerar, na plebe, grande revolta, provocando, ainda que lentamente, conquistas de direitos políticos, “revertidos em benefícios econômicos. Favorecer economicamente a plebe significava conceder-lhe terras”⁴³¹⁴, e daí a necessidade de expansão do Império Romano, notório pelas dimensões que tomou no seu auge.

As contínuas revoltas dos plebeus fez surgir em Roma, especialmente no período Republicano, um conjunto de leis escritas, que ao final, veio a culminar com

28

a Lei das Doze Tábuas (450 a.c.) quando “o direito de propriedade passa a apresentar características diversas e a admitir a venda da terra”.⁴⁴¹⁵

Nesse período fica marcado o processo de mudança epistemológica que justifica o homem e sua ligação à terra. Se para os gregos o vínculo do homem à terra dava-se pelo seu caráter religioso, determinando o lugar que este possuía no mundo, para os romanos, o vínculo do homem à terra significa *status* social, político e econômico. Assenta-se, nesse momento, novo significado à propriedade que a acompanha até os dias de hoje, não obstante as mudanças que o instituto vem sofrendo no decorrer da história humana.

Atrelada a essa mudança conceitual sobre a propriedade, segue-se o cristianismo, ainda no decurso do Império Romano, que promove uma alteração na forma de pensamento, que perdurou por mais de um milênio. Ela pode ser resumida nas pregações de Jesus de Nazaré: como o amar ao próximo, praticar a bondade e desprezar os valores deste mundo, pois a verdadeira morada do homem é o reino dos céus.

A filosofia cristã promoveu um desapego, por parte das pessoas, quanto aos bens materiais, já que a salvação e a imortalidade do homem havia sido deixada para momento posterior à morte.

A grande massa popular, fundada nos preceitos cristãos, passa a não se importar com o acesso à terra ou à propriedade e, até o final da Idade Média, não se interessaria pelo poder, permanecendo este em mãos da Igreja que, no período

¹³ ABRÃO, Bernadette Siqueira. *Op. cit.*. p. 83

¹⁴ ABRÃO, B. S. *Idem*. *Ibidem*.

¹⁵ FIGUEIREDO. Guilherme José Purvin de. *Op. cit.* p. 45.

cristão, expande-se e ganha poder, na medida em que seus membros intitulam-se os representantes de Deus na Terra. Ao par da Igreja, os nobres, que numa relação de troca entre serviços prestados ao rei, além de fidelidade e trabalho, recebiam terras que mantinham sob seu domínio formando grandes latifúndios, característica marcante do período.

Esta a situação que inaugura a passagem do mundo greco-romano para a Idade Média, acompanhada do declínio do Império Romano, até seu colapso em 410 d.C. que, no ocidente, veio a se transformar em um grande número de pequenos reinos. O período medieval é marcado por grande instabilidade, guerras, retração da

29

economia, sendo que esta passa a fundar-se, essencialmente, na agricultura de subsistência.

Nasce aí o feudalismo que resultou, no que toca à propriedade, das práticas fundiárias do período áureo romano. Nobres e Igreja detinham em seu poder grandes porções de terra. O sofrimento era visto como tarefa a ser suportada na terra e que levaria o homem ao reino dos céus, permitindo um longo conformismo por parte dos camponeses, o que veio a perdurar durante toda a Idade Média.

Os feudos caracterizavam-se como largas extensões de terra concedidas aos nobres em troca de serviços e significavam o poder conferido ao senhor feudal (vassalo) pelo rei (suserano) sobre bens materiais e sobre as pessoas que destes dependiam. Como já afirmado, o sistema era de mútua cooperação.

O período é marcado por uma sociedade estática e hierarquizada, constituída pelos estamentos. Marca-se a presença da nobreza feudal (senhores feudais, cavaleiros, condes, duques, viscondes) que detinha as terras e arrecadava impostos dos camponeses; do Clero, formado pelos membros da Igreja Católica e, finalmente, pelos servos (camponeses) e pequenos artesãos. Quanto às relações sociais, vale transcrever as lições de Arruda e Piletti:

As condições sociais básicas da sociedade feudal eram senhor e servo. O senhor possuía a terra e o servo e detinha o poder militar, político e judiciário; o servo tinha a posse útil da terra, devia obrigações e tinha direito de ser protegido pelo senhor. Havia ainda os vilões, homens livres que deviam obrigações menos

pesadas e até podiam trocar de propriedade; os escravos, pouco numerosos; e os ministeriais, serviçais como criados, artífices, feitores, estafetas.⁴⁵¹⁶

A instabilidade do período, de sua vez, marca fortemente esse momento em que “a instituição de um sistema senhorial constitui a origem do feudalismo e decorreu basicamente da necessidade de segurança e defesa militar por parte da população formada, em sua maioria, por camponeses”.⁴⁶¹⁷ A relação entre senhor feudal e servos era de dominação e subordinação sendo que o poder político era mantido nas mãos de quem detinha a propriedade, no caso, os senhores feudais e a

30

Igreja. Os feudos constituíam a base econômica do período em que o poder político era intimamente ligado à propriedade de terras. Quanto ao vínculo do homem à terra, lecionam Arruda e Piletti:

Na unidade de produção (domínio, senhoria ou manor), existiam três formas de posse da terra: 1. Posse coletiva nos bosques e pastos, onde os servos colhiam frutos, cortavam madeira, e os senhores caçavam; 2. Reserva ou manso senhorial, metade da terra cultivada, uma propriedade privada; 3. Manso servil ou tenência, uma co-propriedade: o servo usava a terra, mas o dono era o senhor.⁴⁷¹⁸

Fundada nas bases filosóficas do período, marcada pela monopolização da Igreja quanto à interpretação da realidade social, em que a única preocupação do homem deveria ser a sua própria salvação, essa situação perdurou por longuíssimo período, cerca de 1000 anos, possíveis, certamente, graças à crença de que a imortalidade da alma estava para além da morte, não havendo importância as coisas terrenas, devendo o homem conformar-se com sua situação.

2.1.2

A propriedade no período de transição entre o Renascimento e o Estado Liberal

¹⁶ ARRUDA, José Jobson de A., & PILETTI, Nelson. *Toda a História: História Geral e História do Brasil*. p. 98

¹⁷ FIGUEIREDO. Guilherme José Purvin de. *Op. cit.* p. 48.

¹⁸ ARRUDA, José Jobson de A., & PILETTI, Nelson. *Op. cit.*, p. 98.

Chega-se ao Século XIV na Europa e o influxo de várias condições de ordem social, religiosa, filosófica, econômica, dentre outras, inicia um processo de transformações que vai promover novos contornos na sociedade daquele tempo. É o início de um movimento de mudança que veio a ser conhecido como Renascimento.

A partir do Renascimento inaugura-se, na humanidade, uma nova imagem do mundo. A Europa passa a ganhar um novel contorno político-geográfico e o poder, até então concentrado nas mãos do Papa, passa cada vez mais para as mãos dos reis.

Surge, concomitantemente, uma nova classe social, a burguesia, formada por pessoas que passaram a viver, ainda na Idade Média, nos chamados burgos, fortificações urbanas que deram origem às cidades medievais. A economia burguesa era fundamentalmente voltada ao comércio e as manufaturas, e tinha como objetivo a formação de riquezas, rompendo com a economia agrária de subsistência.

31

A classe burguesa tornou-se rica e influente e desvinculando-se do poder dos nobres e da Igreja, buscou o apoio da Coroa. No período, verifica-se, ainda, um grande avanço das ciências e das artes. Inicia-se um movimento de grandes descobertas.

Por essa época, especificamente em Portugal, é editada uma das primeiras leis agrárias da Europa, a chamada Lei das Sesmarias que era marcada pela “obrigatoriedade de cultivo como condição de posse da terra e a expropriação da gleba ao proprietário que a deixasse inculta”.⁴⁸¹⁹ A Lei das Sesmarias, datada provavelmente de 1375⁴⁹²⁰, decorre da grande crise por que passou Portugal naquele período. Era a chamada Grande Peste que assolou a Europa e que desaguou em volumosa perda demográfica e escassez de mão-de-obra, via de consequência, uma forte crise de abastecimento. Quanto às sesmarias, vale colacionar o seguinte trecho de Varela:

Consistia a sesmaria, basicamente, na atribuição de bens incultos – porque abandonados ou por nunca terem sido cultivados – a determinada pessoa, com o encargo de os aproveitar, dentro de prazo fixado na Lei ou na carta de adjudicação.

¹⁹ RAU, Virginia. *Sesmarias Medievais Portuguesas*. p. 87.

²⁰ VARELA, Laura Beck. *Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um Estado de História do Direito*. p. 21

Assim, formulava-se uma resposta jurídica à crise agrícola e demográfica, à falta de braços e de alimentos, mediante a imposição do dever de lavrar a terra e das demais restrições referentes aos trabalhadores.⁵⁰²¹

No restante da Europa, de se destacar que no campo econômico, as áreas até então destinadas à agricultura de subsistência, nos feudos, transformam-se em grandes pastagens. A população é expulsa, portanto, do campo e enfrenta um período de grande miséria, pois não há trabalho, nem locais para plantar. A realidade política e social apresenta-se opressiva.

Atenta a isso, além da realidade vivida por Portugal, de extrema escassez, a Lei das Sesmarias portuguesa determinava, expressamente, a cultura de gêneros alimentícios, impondo sérias restrições à criação de gado.

Contudo, o regime feudal continuava presente, de modo que recebiam terras em sesmarias os senhores, fossem leigos ou membros do clero, sendo que os

32

servos da gleba e seus descendentes eram aqueles obrigados ao cumprimento da lei, conforme ensina Varela: “Assim, seriam obrigados ao mester da lavoura, consoante a dita Lei: 1) os filhos e netos de lavradores; 2) aqueles que possuíssem menos de 500 (quinhentas) libras em bens; e 3) aqueles que não tivessem ocupação nem senhor certo”.⁵¹²²

Nesse mesmo período apresenta-se uma situação de profundas tensões entre a coroa, a nobreza e a Igreja que, de sua vez, entra em profunda crise, o que veio a culminar com a Reforma Protestante liderada por Martinho Lutero (1483-1546). Lutero faz severas críticas à deturpação que a Igreja promovia, tanto no uso do poder que detinha, praticando extorsões abusivas com a cobrança de dízimos, impostos, venda de indulgências, etc., quanto na adulteração dos princípios cristãos manifestados na Bíblia. Lutero propõe que não há intermediários entre o homem e Deus. A Igreja, ainda a essa época, era quem detinha as grandes propriedades, a ponto que Lutero conclama ao confisco destas, pelo povo.

As doutrinas protestantes vieram em seguida justificar a riqueza em nome da vontade divina, constituindo-se no prenúncio do capitalismo, ao tempo em que

²¹ VARELA, L. B. Idem. p. 24

²² VARELA, Laura Beck. *Op. cit.*. p. 37.

permitia a união de dois elementos, a justificação da acumulação e a resignação do trabalhador com a sua condição.

Do ponto de vista agrário, verifica-se, especialmente na Inglaterra, que, na mesma época da reforma protestante, cerca de um século após a Lei das Sesmarias, ocorria o fim do feudalismo e, com ele, o fim das fragmentações do território que formaria o Estado inglês.⁵²²³

A classe dominante inglesa, apresentava-se com duas características: mantinha aliança com a monarquia que, na Inglaterra, detinha um forte poder centralizador e concentrava o domínio das terras. De sua vez, o uso das terras passou a ser realizado por meio de arrendamentos, em que os arrendatários eram forçados a aumentar a produtividade das terras, seja pelos senhores de terras, seja pela forte pressão do mercado crescente. A Inglaterra passou a sustentar os mercados de outros Estados, como Portugal e Espanha, cujas bases da economia

33

interna eram muito frágeis.⁵³²⁴ Disso decorreu que a Inglaterra do século XVI detinha “o setor agrário mais produtivo da história”.⁵⁴²⁵

A partir daí, detentores da terra e arrendatários passaram a se preocupar fortemente com a produtividade da terra e a obtenção de lucro. Inicia-se o capitalismo na Inglaterra, quando, em meados do Século XVII, “a burguesia lança as bases da indústria moderna, enquanto setores da nobreza se aburguesam, passando a explorar as terras de modo capitalista”.⁵⁵²⁶

A par disso, na França, a coroa se alia à burguesia, afastando os nobres, o que veio a desaguar no absolutismo.

A investigação, através da ciência, prosseguia a pleno êxito. Pensadores como Descartes, Galileu Galilei, Francis Bacon, Copérnico, Johannes Kepler, dentre outros, começam a promover novas explicações da vida e do mundo, a partir da concepção de que é o homem quem detém a razão e portanto, a este, é dado

²³ WOOD, Ellen Meiksins Wood. As origens agrárias do capitalismo.

²⁴ VARELA, Laura Beck. *Op. cit.* p. 61.

²⁵ WOOD, Ellen Meiksins Wood. *Op. cit.* p. 19.

²⁶ ABRÃO, Bernadette Siqueira. *Op. cit.* p. 183-184.

conhecer a verdade. Esse homem que pode conhecer a verdade pode, de igual sorte, organizar o mundo e, portanto, dominar a natureza.

O processo produtivo que passou a se dar sobre as terras, impeliu arrendatários e proprietários a reivindicar cada vez mais terra para sua exploração, conforme ensinamento de Wood:

[...] a terra devia ser liberada de todo tipo de obstrução ao seu uso produtivo e lucrativo. Entre os séculos XVI e XVIII, houve uma pressão contínua para a extinção dos direitos costumeiros que interferiam na acumulação capitalista. Isso poderia significar muitas coisas: a disputa de propriedade comunal com vistas à apropriação privada; a eliminação de uma série de direitos de uso sobre as terras privadas; ou, finalmente, problematizar o acesso à terra dos pequenos camponeses que não possuíam título de domínio inequívoco. Em todos esses casos, a concepção tradicional de propriedade precisava ser substituída por um conceito novo, o conceito capitalista de propriedade – propriedade não apenas privada, mas excludente, literalmente excluindo outros indivíduos e a comunidade, pela eliminação das regulações das aldeias e das restrições ao uso da terra, pela extinção dos usos e direitos costumeiros, e assim por diante.⁵⁶²⁷

34

As terras, a partir de então, foram sendo expropriadas através de um processo que ocorreu na Inglaterra, denominado *enclosure*, ou cercamentos, que significou a apropriação de terras comuns presentes ainda em alguns pontos, o que veio a culminar com “a extinção (com ou sem o cercamento das terras) dos direitos de uso baseados nos costumes dos quais muitas pessoas dependiam para tirar o seu sustento”⁵⁷²⁸ ou, como explica Marx, os cercamentos significaram “decretos pelos quais os senhores fundiários fazem presente a si mesmos da terra do povo, como propriedade privada, decretos de expropriação do povo”.⁵⁸²⁹

Para fundamentar essas reivindicações, pensadores, como John Locke, teorizam a propriedade. Para Locke, numa perspectiva jusnaturalista, Deus deu a terra e seus frutos a todos os homens para que dela retirem seu sustento e conforto. Porém, é pelo trabalho que o homem transforma a natureza em seu proveito, razão pela qual, está legitimado a ele apropriar-se de tudo quanto produza a partir de seu

²⁷ WOOD, E. M. W. Idem. p. 21.

²⁸ WOOD, Ellen Meiksins Wood. *Op. cit.* p. 22.

²⁹ MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro Primeiro. p. 269.

trabalho. Os limites da propriedade, contudo, já que a mesma foi dada de forma igual a todos, circunscreve-se à quantidade que o homem pode usufruir, já que este não está legitimado a estragar e destruir as coisas. Com esse raciocínio, Locke justifica a propriedade particular, não sem contudo, estabelecer um preceito ético mínimo. Ora, o homem está legitimado a, com seu trabalho, apropriar-se dos frutos da terra, tanto quanto estará legitimado a apropriar-se da própria terra que produz os frutos, na medida de extensão que ele tem capacidade para explorar.⁵⁹³⁰ Locke ainda, eleva à condição indizível, as terras incultas:

[...] mesmo entre nós a terra que se deixa totalmente à natureza, sem qualquer melhoramento de pastagem, lavoura ou plantação, se chama, como em verdade o é, “deserto”; e verificaremos que o proveito dela derivado monta a pouco mais que nada [...] e que a grande arte do governo consiste no aumento das terras e no uso

35

Locke ainda utiliza o argumento do consenso entre os homens para justificar a constituição de limites e divisas entre os territórios bem como o consenso entre a posse desigual e desproporcionada da terra:

Mas como o ouro e a prata são de pouca utilidade para a vida humana em comparação com o alimento, vestuário e transporte, tendo valor somente pelo consenso dos homens, enquanto o trabalho dá em grande parte a medida, é evidente que os homens concordaram com a posse desigual e desproporcionada da terra, tendo descoberto, mediante consentimento tácito e voluntário, a maneira de um homem possuir licitamente mais terra do que aquela cujo produto pode utilizar [...].⁶¹³²

É por ocasião desse movimento capitalista que passou a ser constituído sobre a terra, aliado à justificação teórica produzida por Locke, que a propriedade imobiliária passou a ter valor em si mesma, vindo a constituir-se em um direito próprio. Até a sociedade feudal, a propriedade imobiliária e a terra, portanto, tinham

³⁰ LOCKE, John. *Da Propriedade*. p. 45- 54.

³¹ LOCKE, John. *Idem.*, p. 51.

³² LOCKE, John. *Op. cit.* p. 53.

valor pelo uso que a ela se poderia dar e pelos benefícios que dela se poderiam extrair. Marx vai mais longe ao dizer que “a expropriação da base fundiária do produtor rural, do camponês, forma a base de todo o processo capitalista”.⁶²³³

A situação que se impôs, a partir dessas condições econômicas e justificações teóricas, permitiu a criação de uma massa de expropriados que foram expulsos do campo e jogados nos centros urbanos. A despeito disso, a Inglaterra permaneceu como grande produtora de gêneros agrícolas dado o desenvolvimento de técnicas que passaram a exigir cada vez menos mão-de-obra. A sustentação agrícola propiciada com pouca de mão-de-obra e a expulsão dos camponeses para os centros urbanos foi que permitiu, por sua vez, o processo de industrialização. Ensina Wood:

Sem um setor agrícola produtivo que pudesse sustentar uma importante força de trabalho não-agrícola, o primeiro capitalismo industrial do mundo provavelmente não teria aparecido. Sem o capitalismo agrário inglês, não teria havido uma massa de expropriados obrigados a vender sua força de trabalho por um salário.⁶³³⁴

36

Marés explica o processo epistemológico envolvido no decurso desse período quando elucida que “[...] o mercado passava a considerar os homens não mais pela sua nobreza ou pelas suas qualidades, mas pelo valor de seus bens acumulados e pela sua capacidade ou disposição de acumular cada vez mais”.⁶⁴³⁵

A esse tempo, a burguesia estava aliada à Coroa, monarquia absolutista que passou a impor obstáculos à economia burguesa. A burguesia, que detinha o poder econômico, passou a reivindicar também o poder político. Sob os auspícios do chamado Século das Luzes, sobrevém a Revolução Francesa, deflagrada em 1789, invocando os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade sendo que “estas três palavras significariam a fraternidade entre os burgueses para conquistar a liberdade de empreendimento em igualdade de condições, sem os monopólios ou privilégios que eram concedidos pelo rei a certos grupos”.⁶⁵³⁶

³³ MARX, Karl. *Op. cit.* p. 263..

³⁴ WOOD, Ellen Meiksins Wood. *Op. cit.* p. 26.

³⁵ MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra.* p. 17.

³⁶ ABRÃO, Bernadette Siqueira. *Op. cit.* p. 288.

Sobre o regime de terras que ocorria no Brasil, nesse período, vale trazer os ensinamentos de Dean:

Em Portugal, a política real de concessão de terras fora concebida para estimular a produção camponesa necessária ao abastecimento das vilas; no Brasil, curvou-se ao propósito de encorajar a busca de ouro e pedras preciosas ou, no caso de não haver descobertas, a produção e exportação de açúcar. Candidatos a sesmarias que, em testemunho de seus méritos, a princípio arrolavam leais serviços prestados à Coroa ou sua descendência dos primeiros colonos, mais tarde passaram a enfatizar a propriedade de escravos como prova de sua capacidade de aumentar as exportações. Surgia, assim, uma classe dominante para quem propriedade da terra era uma forma de privilégio, conquistado por meio da prepotência local e confirmado pela conivência real. A propriedade da terra sob esse regime não alcançava a condição de um bem de mercado, embora os registros cartoriais mostrem que ela era por vezes objeto de compra e venda a dinheiro. O que sempre estava em jogo em qualquer negociação de terras era a intangibilidade do poder e status locais, variáveis que constituíam necessariamente monopólios ou, quando não monopolizadas, objetos de violenta disputa.⁶⁶³⁷

37

2.1.3 A propriedade reinventada pelo Liberalismo

A burguesia, com a Revolução Francesa e com seu poderio econômico, alcança o poder político, substituindo a monarquia absoluta pelo Estado Liberal. Inaugura-se uma fase de ampla liberdade de empresa e de mercado bem como a livre contratação. O liberalismo absorveu por completo os anseios da burguesia. As convicções operadas pela Igreja, de que a pobreza era vista como virtude, se esvaeceram perante a reforma protestante que passou a demonstrar a riqueza como virtude e como forma de favorecer o bem-estar social.

Assenta-se a filosofia liberal, nas premissas da liberdade, como não interferência na vida dos indivíduos e na própria individualidade, consagrando um individualismo antropocêntrico que tem o indivíduo como princípio e fim da mensagem liberal.

³⁷ DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*. p. 89.

A grande reivindicação da burguesia, no seu afã de afastar o absolutismo, era a presença de um Estado mínimo que devia limitar-se a assegurar o cumprimento de leis que garantissem a propriedade e a riqueza e, portanto, assentando as bases para um desenvolvimento econômico capitalista. Conforme ensina Marés “a função do Estado, no momento de sua constituição, era garantir a propriedade que necessita da liberdade e igualdade para existir”.⁶⁷³⁸

Criado um Estado capaz de garantir o cumprimento de leis que se vinculavam a proteger os contratos privados, tendo como núcleo básico, a propriedade privada, a obra idealizada pela burguesia estava completa, restando, tão- somente, a criação de instrumentos capazes de perpetuar o sistema criado.

Nesse momento, a terra já havia sido convertida em bem constante do mercado, sendo de livre comercialização e sujeita, destarte, a lei de oferta e procura. Sendo assim, por certo que somente tinha acesso à propriedade, quem tinha bens para tanto, ou seja, a própria burguesia. As classes populares, que haviam sido expulsas do campo, face à constituição da propriedade capitalista, foram agregar o conjunto das cidades, alijadas que foram do acesso à terra, e passaram a compor a massa de mão-de-obra necessária a atender o processo industrial que se iniciava.

38

A classe burguesa e o capitalismo a ela atrelado levaram a propriedade a suas últimas conseqüências, erradicando de seu conceito fundamental qualquer preceito ético que pudesse ter subsistido, tornando-a, destarte, absoluta e essencialmente individualista. Quem tinha propriedade não podia ser violado em seu direito. Quem não o tinha, deveria trabalhar e conquistá-la e a única forma de conquistá-la, seria através de contratos, formulados, agora, entre iguais (pretensamente iguais já que não havia mais servos). Tudo isso, garantido pelo Estado, “de tal forma que duzentos anos depois de Locke, a terra já era propriedade privada, legitimada pelo contrato e tendo como origem um ato do governo que a cedia ou reconhecia a sua ocupação”.⁶⁸³⁹

³⁸ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 18.

³⁹ MARÉS, C. F. *Op. Cit.*, p. 26.

Outrossim, o excedente de mão-de-obra que toda essa situação propiciou, resultou nos grandes movimentos imigratórios da Europa para a América entre os Séculos XIX e XX.

As relações sociais e privadas, de sua vez, passaram a ser regidas por Códigos, como o Código de Napoleão, que procuravam garantir a segurança jurídica das relações, impedindo a interferência do Estado na medida em que desciam a um nível de detalhamento profundo.

As bases filosóficas dos preceitos burgueses traduzem-se no pensamento de Benjamin Constant, para quem nem todos os cidadãos deveriam ser membros do Estado. Para ele, era fundamental que houvesse (1) capacidade de raciocínio, daí porque excluía-se os menores de idade; (2) identidade de interesse com os demais membros do Estado, daí porque os estrangeiros estavam excluídos, e (3) conhecimento e capacidade de julgamento, o que era alcançado através de tempo livre destinado a estudos e obtenção de informação. Assim, dizia o autor que “somente a propriedade assegura o ócio necessário à capacitação do homem para o exercício dos direitos políticos”.⁶⁹⁴⁰

A propriedade, nesse contexto, foi sacralizada, agora não mais porque, como entre os antigos, significava o local que o homem tinha no mundo, mas agora

39

porque somente os proprietários são “donos de sua existência porque podem negar-se ao trabalho”⁷⁰⁴¹, dignificando, destarte, o individualismo. O excerto abaixo, demonstra a que ponto a propriedade foi sacralizada:

[...] cada ciência dá ao espírito de quem a cultiva uma direção exclusiva que se torna perigosa nos assuntos políticos, a menos que esteja controlada. Este equilíbrio encontra-se apenas na propriedade. Somente ela estabelece entre os homens laços uniformes, põe-se em guarda contra o sacrifício imprudente da sorte e da tranqüilidade dos demais, envolvendo nesse sacrifícios demais, envolvendo nesse sacrifuidade pos polo local que o homem tinha no mundo mas agora porque somente os proprietários cuidam do seu próprio bem-estar e obrigando-os a levar em

⁴⁰ REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. p. 118.

⁴¹ REBECQUE, H. B. C. *Op. cit.* p. 118.

consideração seu próprio interesse. Não se acredite que este cuidado seja somente útil para a manutenção da ordem, também o é para o da liberdade.⁷¹⁴²

O individualismo exacerbado, fundado no preceito da liberdade, veio a afastar qualquer ética no exercício da propriedade, de modo que é importante extrair da lição de Marés:

[...] os frutos da terra, corruptíveis por natureza, passaram também a ser acumuláveis, abandonando-se a idéia de Locke. Poder acumular bens deterioráveis significava a possibilidade e o poder de destruí-los, quer dizer, o proprietário não deseja usar o bem, é lícito que o destrua porque nisto consiste sua liberdade. A terra deixava de ser uma provedora de alimento para ser uma reprodutora de capital.⁷²⁴³

O domínio passa assim a ocupar uma posição até então nunca vista, conferindo ao proprietário direito absoluto, exclusivo e perpétuo, de sorte a fazer do proprietário um soberano, dada a magnitude dos poderes e faculdades que se lhe reconhece. Isso chegou a um tão acentuado exacerbado nível, que nenhuma forma de propriedade coletiva era juridicamente reconhecida, salvo os condomínios.

Do ponto de vista social, verifica-se que a burguesia isolou as demais classes do contexto político, gerando na classe trabalhadora, sem posses, um crescente descontentamento. Por sua vez, o capitalismo industrial produziu uma gigantesca miséria urbana. A classe trabalhadora, neste contexto, passou a realizar

40

greves e reivindicações por melhores salários, melhores condições de trabalho. Opõem-se, nesse passo, necessidade e liberdade.

Em concreto, vislumbra-se, nessa fase, os processos de uso indiscriminado dos bens naturais, ante as condições sociais, políticas e demográficas que isso permitiram. Estava formado o momento político e jurídico para as reivindicações de proprietários. No Brasil isso foi marcante como ensina Dean:

⁴² REBECQUE, H. B. C. *Op. cit.* p. 126.

⁴³ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 26.

A quarta questão importante para os interesses dos proprietários era livrar-se da legislação florestal imposta desde o início da colonização. As proibições reais do corte do pau-brasil e de madeiras de lei adequadas à construção naval negavam, em princípio, os direitos de domínio pleno da propriedade da terra [...]. O monopólio foi finalmente abolido em 1859. [...] O Estado transferiu para os grandes proprietários de terra, e para os que tinham recursos para virem a sê-lo, o direito de converter a floresta em dinheiro. Os obstáculos ao domínio senhorial desse vasto reservatório de matérias-primas tinham sido superados pelo controle alcançado sobre o Estado e pelo seu poder privado inteiramente incontestado. A Mata Atlântica passaria por uma nova provação quando seus proprietários de terra se desviassem para uma forma nova e drástica de produção. Abandonando em grande parte a busca de pedras e metais preciosos, tornaram-se novamente agricultores, adotando uma cultura exótica de enorme potencial econômico.⁷³⁴⁴

Na Europa, os camponeses, aglomerados nos centro urbanos, constituindo a classe trabalhadora, formavam a mão-de-obra necessária à produção industrial em larga escala. Toda a matéria-prima objeto da produção está sustentada nos recursos naturais, renováveis ou não. As condições sociais e políticas favorecem a apropriação indiscriminada de bens da natureza, sem qualquer limitação. Juridicamente, a situação está consolidada, seja com um arcabouço legal que a isso legitima, seja com a constituição da ciência jurídica que se desenvolvem tendo tais premissas como pressuposto. Por certo, que no final do Século XVIII e durante todo o Século XIX, não havia nenhuma consciência sobre as conseqüências ambientais que essa situação produziria, o que vem a ser definitivamente suscitado somente ao final do Século XX.

41

2.1.4

O processo de transformação da propriedade liberal

As circunstâncias sociais instaladas, unidas a obras de autores, particularmente de Carl Marx, foram minando a concepção individualista da propriedade, cuja virtude era concebida como garantia da liberdade. Para Marx, a situação foi posta da seguinte maneira:

⁴⁴ DEAN, Warren. *Op. cit.*, p. 176-182.

Assim se explica que os primeiros (a elite) acumularam riquezas e os últimos (a massa) finalmente, nada tinham para vender senão sua própria pele. E desse pecado original data a pobreza da grande massa que até agora, apesar de todo seu trabalho, nada possui para vender senão a si mesma, e a riqueza dos poucos, que cresce continuamente, embora há muito tenham parado de trabalhar.⁷⁴⁴⁵

Todo o movimento de contradição ao modelo capitalista, nesse momento, passa a envolver teóricos, filósofos, operários e camponeses. Ao surgimento das doutrinas socialistas, segue-se a Doutrina Social da Igreja Católica, que mediante sua concepção do homem e da sociedade, contribuiu para que a propriedade fosse humanizada, a partir da encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII. O pensamento da Igreja pode, a frente, ser traduzido através das palavras do Papa João Paulo II, para quem sobre a propriedade pesa uma hipoteca social.⁷⁵⁴⁶

A eliminação das massas desse novo momento político fez emergir grandes contestações dos excluídos surgidos com os valores liberais. Essas contestações se deram, principalmente, na esfera da concentração de riquezas nas mãos da burguesia, em detrimento da classe trabalhadora que, não obstante, formalmente livre, restringiam-se a possibilidade de contratar sua própria força de trabalho em favor dos detentores do capital.

A miséria e a opressão predominavam em largas faixas da população, precisamente em virtude do advento do progresso técnico e industrial. Esse processo impunha a pobreza e a degradação como contrapartida dos benefícios do progresso. A preocupação com esse paradoxo está na raiz das propostas de

42

reforma social. É nesse contexto que pensadores, como Proudhon, propõem uma recriação da sociedade. Para Proudhon, no processo da necessária transformação, faz-se imprescindível que os operários viessem a deter a gestão dos meios de produção, razão pela qual passa a criticar severamente a propriedade. Para Proudhon a propriedade é impossível e para justificar essa assertiva, desenvolve dez axiomas para demonstrá-lo: (1) a propriedade é impossível porque se exige algo

⁴⁵ MARX, Karl. *Op. cit.* p. 261.

⁴⁶ Nota da autora: A expressão hipoteca social foi utilizada pelo Papa João Paulo II no discurso inaugural pronunciado em Oaxaca, no México, em 1979, por ocasião de sua viagem para a Conferência de Puebla.

de nada, ou seja, a propriedade não produz nada por si mesma e se há cobrança por essa força produtiva, o proprietário recebe algo por nada; (2) a propriedade é impossível porque, onde é admitida, a produção custa mais do que vale; (3) a propriedade é impossível sobre um capital determinado, porque a produção está em razão do trabalho e não em razão da propriedade; (4) a propriedade é impossível porque é homicida já que assassina lentamente o trabalhador por extenuação; (5) a propriedade é impossível porque com ela a sociedade se extingue; (6) a propriedade é impossível porque é mãe da tirania; (7) a propriedade é impossível porque, ao consumir o que recebe, o perde, o anula, e, ao capitalizá-lo, o emprega contra a produção; (8) a propriedade é impossível porque seu poder de acumulação é infinito e somente atua sobre quantidades limitadas; (9) a propriedade é impossível porque é impotente contra a propriedade e (10) a propriedade é impossível porque é a negação da igualdade.⁷⁶⁴⁷

É a partir dessas noções que passa-se a privilegiar o direito de igualdade em detrimento da liberdade irrestrita assim como pelas críticas contundentes sobre a propriedade que se inicia um movimento para que esta ganhe novos contornos. Inicia-se um processo de mudança que, contudo, surge como uma forma do capitalismo adaptar-se à realidade presente naquele momento e como forma de rechaçar as propostas de extinção da propriedade privada, mote das teorias socialistas.

Paralelamente, ao evidenciar-se a luta de classes, inicia-se um movimento por parte dos governantes, especialmente nos países mais desenvolvidos, que passaram a promover políticas fortes de intervenção nos domínios econômico e social. Surgem, decorrentemente, legislações trabalhistas e sociais com objetivo de minimizar o impacto que o capitalismo provocou e como efeito, produziram forte

43

abalo sobre o instituto da propriedade. Os problemas sociais que se abateram sobre a sociedade e a evidente incapacidade de que isso fosse solucionado pelos particulares, levam inevitavelmente a um alargamento das tarefas do Estado que passam a ir muito além da garantia de manutenção de uma ordem jurídica. Assim, o

⁴⁷ PROUDHON, Pierre Joseph. *Op. cit* p. 133-184.

Estado transforma-se num prestador de serviços públicos e regulador da atividade econômica.

Por outro lado, na passagem do Século XIX para o Século XX, ocorreu a contribuição de Duguit, fundamental para a evolução conceitual e jurídica da propriedade. O autor reforma o conceito da propriedade como direito subjetivo individual, conferindo-lhe uma função social. Duguit aponta uma mudança no paradigma individualista, de ordem metafísica, para um novo paradigma, fundado na realidade social, em que o indivíduo deve desempenhar uma função enquanto membro da sociedade, destacando:

O sistema jurídico da Declaração dos Direitos do Homem e do Código de Napoleão descansa na concepção metafísica do Direito subjetivo. O sistema jurídico dos povos modernos tende a estabelecer-se sobre a comprovação do fato de que a função social impõe-se sobre os indivíduos e os grupos. O sistema jurídico civilista era de ordem metafísica; o novo sistema que se elabora é de ordem realista.⁷⁷⁴⁸

Concebendo o fim do individualismo, Duguit conclui que nem o homem nem a coletividade têm direitos, mas tarefas a cumprir, lecionando que “[...] todo indivíduo tem na sociedade uma certa função para cumprir, uma certa tarefa a executar [...]”⁴⁹, nascendo daí a noção de Função Social. No que toca à propriedade, expõe o autor:

A propriedade não é um direito; é uma função social. O proprietário, é dizer, o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir essa riqueza, uma função social a cumprir; se cumpre esta missão seus atos de proprietário estão protegidos. Se não a cumpre ou a cumpre mal, se por exemplo não cultiva sua terra ou deixa sua casa arruinar-se, a intervenção dos governantes é legítima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui conforme seu destino.⁷⁹⁵⁰

44

Atente-se que à doutrina de Duguit opõem-se às teorias socialistas na medida em que estas propõem o fim da propriedade privada, enquanto que “o cumprimento da função social, em última análise, visa a perpetuar um determinado

⁴⁸ DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones Del Derecho – Publico y Privado*. p. 174. Livre tradução.

⁴⁹ DUGUIT, Leon. *Op. cit.* p. 178. Livre tradução.

⁵⁰ DUGUIT, Leon. *Idem.* p. 179. Livre tradução.

modelo de sociedade e de propriedade (a propriedade privada)⁸⁰⁵¹, constituindo-se, assim, em preceito que vem adaptar o capitalismo às novéis demandas sociais, quer dizer, “[...] não são mais que concessões feitas pela burguesia como tributo da sua posição de classe dominante; o que também ocorreu com a adoção em nível constitucional e legal do princípio da função social da propriedade”.⁸¹⁵²

Seguiram-se as grandes convulsões mundiais, traduzidas basicamente na Revolução Russa e nas duas Grandes Guerras do Século XX. A partir da Segunda Guerra Mundial se foram perfilando com clarividência dois grandes blocos, o capitalista, liderado pelos Estados Unidos, e o socialista, comandado pela União Soviética. O primeiro como expressão econômica do individualismo liberal e o segundo como contraponto ao primeiro, cuja bandeira era estancar a miséria e desigualdade proporcionadas por aquele.

A esse tempo, duas correntes de pensamento passaram a conduzir os destinos da propriedade, conforme ensina Marés:

Era claro que o mundo estava diante de um dilema para superar a desumanidade da propriedade absoluta: ou o caminho socialista aberto pela revolução russa ou a construção de Estados do Bem-estar Social, promovendo sobretudo uma reforma agrária profunda, declarando obrigações aos proprietários.⁸²⁵³

Tanto num quanto noutro caso, é possível verificar um esforço de adaptação para que fosse possível a convivência humana. Nesse passo, verifica-se que a concepção burguesa da propriedade, expressada pelo Código de Napoleão, coincide com o capitalismo embrionário, mas não reflete a situação atual que os países desenvolvidos apresentam. Da mesma sorte, o socialismo passou a admitir a propriedade privada de alguns bens de produção.

No bloco capitalista verifica-se a intervenção do Estado em favor dos direitos sociais e coletivos, no sentido de promover algumas necessidades

45

consideradas básicas, tais como, saúde, educação, trabalho, o que necessariamente envolveu a limitação de liberdades.

⁵¹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Op. cit.* p.72.

⁵² MORAES, José Diniz. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988.* p.21.

⁵³ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 95.

Nesse passo, o Estado precisou se modificar, uma vez que ele não pode ser o simples anteparo que sustenta as classes detentoras do poder econômico e possuidora dos meios de produção. É preciso que o Estado coloque em prática o valor emergente da igualdade. Se exige que o Estado cumpra com seu desiderato social e não apenas garanta os privilégios econômicos da classe dominante. O Estado se transforma em Estado de Bem-estar Social, agora, intervencionista, também conhecido como *Welfare State*. O aparecimento deste Estado contemporâneo é marcado com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Nesse sentido, extrai-se a lição de Wolkmer:

Finalmente, a crise e a falência do modelo político liberal, a eclosão da sociedade industrial de massas, bem como as profundas transformações sócio-econômicas ocorridas em fins do século XIX e começos do século XX, possibilitaram a complexa experiência de uma estrutura que, por estar ainda em curso, assume diversas especificidades, cunhada por autores com as designações de Estado Social, Estado Intervencionista, Estado Tecnocrático, Estado do Bem-estar, Estado Providência ou Assistencial (*Welfare State*), etc.⁸³⁵⁴

Assim, é no seio da discussão sobre o papel do Estado, quando se verifica que o privilégio concedido aos direitos individuais, em nome do princípio de liberdade, promove danos profundos nos interesses coletivos, provocando, destarte, conseqüências funestas ao Bem Comum, que irá se iniciar o processo de transformação da compreensão da propriedade. É nesse momento que o princípio da igualdade começa a ganhar prestígio em detrimento da liberdade, formulando-se o conceito de direito de propriedade contemporâneo, em que esta ganha uma função social.

Contudo, vale acrescentar que no Brasil esse processo de transformação da propriedade demorou muito a acontecer e isso se refletiu e se reflete até o momento atual na delimitação e definição adequada do assunto. Marés ensina:

46

No Brasil, a Constituição de 1934 aprovou a possibilidade de intervenção na ordem econômica, mas não conseguiu absorver um novo conceito de propriedade privada porque a norma constitucional apenas concedeu a possibilidade da lei alterar o

⁵⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma Crítica do Estado*. p 25-26.

conteúdo da propriedade, sujeitando-a ao interesse comum e social. A Constituição, portanto, carecia de auto-aplicabilidade e ficou dependente de uma lei que não veio. [...] A lei de reforma agrária brasileira, conhecida como Estatuto da Terra, somente viria a luz em 1964.⁸⁴⁵⁵

Enquanto isso, no sistema jurídico brasileiro, o Direito Civil continuava a produzir doutrina e jurisprudência firme em favor da propriedade absoluta. Não ajudaram muito na reforma de tais concepções as Constituições Nacionais que se seguiram, como a de 1937, marcada por verdadeiro retrocesso no processo evolutivo da propriedade, na medida em que suprimiu a vinculação ao interesse social ou coletivo preconizado na Constituição de 1934. A Constituição de 1946, de sua vez, trata o assunto da função social sem que contudo o Direito Constitucional seja tão valorizado quanto o Direito Civil que não absorveu as mudanças constitucionais operadas, mantendo uma legislação de 1916 praticamente intacta. Já na Constituição de 1967 aparece pela primeira vez a inserção da expressão ‘função social da propriedade’, inserindo-a como princípio da Ordem Econômica.

Efetivamente, é com a Constituição de 1988 que a propriedade é contemplada e garantida enquanto função social, além de direito individual, como princípio da atividade econômica e como essencial para a defesa do Meio Ambiente. Da lição de Cavedon:

Portanto, os traços inovadores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são a inserção da Função Social como qualificadora do Direito de Propriedade, garantido no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, e a vinculação do cumprimento da Função Social a obrigações de ordem ambiental, atribuindo, assim, uma Função Ambiental à Propriedade. Pode-se, portanto, afirmar que a grande inovação trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a Função Ambiental da Propriedade.⁸⁵⁵⁶

2.2. A propriedade no sistema jurídico contemporâneo

⁵⁵ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 96.

⁵⁶ CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade.* p. 64.

A propriedade é, sem sombra de dúvida, o mais robusto dos direitos subjetivos patrimoniais e confere ao seu titular (singular ou plural) poderes, faculdades, deveres e limitações. Seu objeto é uma coisa, vale dizer, uma porção material, de valor e, como não existe um senhorio privado superior ao do proprietário, a estrutura e conteúdo desse direito se acham estreitamente ligados à natureza da coisa que constitui seu assento e a sua destinação. Essa é uma das faces do conteúdo individual do direito de propriedade que subjaz na atualidade e que se encontra inserido no âmbito do Direito Civil.

Não obstante, a propriedade, dado o papel absolutamente relevante que representa para a sociedade capitalista, não se encontra tão somente regulada pelo Direito Civil. Foi preciso superar a concepção civilística da propriedade, especialmente da propriedade imobiliária, que a partir do fim do Século XX não é mais a instituição privativamente de Direito Civil, mantida à margem do Direito Público. A variação de enfoque a respeito da propriedade se observa ao mesmo tempo em que se discute o Direito Civil Constitucional. Em outros tempos, o enfoque do Direito Civil sobre o Constitucional enfatizava a inviolabilidade da propriedade. Ao tempo em que se prestigia o Direito Constitucional sobre o Direito Civil, verifica-se que se põe em destaque a função social da propriedade.

De se destacar que o Direito Civil nasceu no exclusivo âmbito das relações privadas, fundamentando-se nas doutrinas individualistas e voluntaristas, tendo como escopo principal a garantia da propriedade privada, permitindo o entendimento de que ao proprietário tudo era permitido, inclusive destruir o que lhe pertencesse.

No decorrer do processo histórico, o velho Direito Civil - fundado na livre iniciativa, no individualismo, no patrimonialismo, produtivismo indiscriminado, pilares do capitalismo e do Estado Liberal - remonta a um momento histórico já superado, na medida em que não se pode mais conceber um direito que legitime outros valores que não a solidariedade e a busca de um Estado de Bem-estar Social.

A superação desse modelo foi possível com a constitucionalização do Direito Privado, em especial do Direito Civil, buscando uma reconstrução deste direito, em nome da justiça social.

Nesse passo, é importante destacar que o Constitucionalismo, inaugurado com o Estado Liberal, não estabeleceu vínculos com o direito privado, fundado que o era na autonomia da vontade. Hesse leciona:

[...] o Direito Privado regula as relações dos particulares do ponto de vista da liberdade individual, à margem das relações políticas e constitucionais. Assim chegou o Direito Privado a ser o Direito constitutivo da Sociedade burguesa, junto da qual o Direito Constitucional tinha uma importância secundária. Correspondia-lhe, inclusive, uma primazia material frente ao Direito Constitucional.⁸⁶⁵⁷

A autonomia da vontade era sinônimo de liberdade. Liberdade de regular por si as próprias ações sem a ingerência de qualquer ordem externa. Aos indivíduos permitia-se determinar as regras de comportamento. Na praxe, afirmava-se na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher a forma do ato. Evidenciava-se a liberdade/autonomia da vontade identificada com a iniciativa econômica.

É fato que o imperativo de ingerência do Estado nas relações privadas veio a atenuar o dogma da autonomia privada, transformando os preceitos que davam unidade e independência ao Direito Privado. Para tanto, foi necessária a constitucionalização do Direito Privado, elevando ao grau máximo da hierarquia normativa institutos antes tratados apenas e tão-somente no âmbito do Direito Civil. Nas palavras de Dias:

A necessidade de intervenção estatal na economia e a crise entre o instrumental teórico, de um lado, e a realidade econômica e social, do outro, fizeram com que temas, antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade, passassem a integrar uma nova ordem pública: a ordem constitucional [...] matérias típicas dos institutos privados, tais como o direito sobre a própria personalidade, a função da propriedade, as atividades econômicas e a organização da família, deixaram, então, de ser unicamente tratadas pelo direito civil para serem objeto de atenção especial do legislador constitucional, para quem o importante seria garantir os resultados sociais pretendidos pelo Estado.⁸⁷⁵⁸

⁵⁷ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. p.38. Livre tradução.

⁵⁸ DIAS, Joaquim José de Barros. *Direito Civil Constitucional*. p. 17

As exigências sociais estabelecidas no texto Constitucional, destarte, deram novos contornos ao direito privado. A autonomia da vontade, dogma fundamental da doutrina privatística, passa a ser vista com restrições e limitada pelo interesse público vinculado ao bem comum. Dias bem esclarece essa nova conformação do direito:

Para nós, a percepção da necessidade de transformações do direito privado, por pressão da política legislativa do *welfare*, que tomou conta a partir da década de 30, força-nos a afirmar que a constitucionalização de categorias próprias do Direito Civil significou o rompimento da dicotomia clássica, que repartia o Direito em seus campos de especialização. Noutras palavras, a noção de direito público e privado mostrou-se insatisfatória para explicar e solucionar os problemas práticos decorrentes da aplicação do Direito, antes relatados apenas do ponto de vista monolítico. O direito privado cede lugar, assim, para a existência de direitos intermediários, que, tanto na tarefa de unificação do Direito quanto na resolução dos casos concretos advindos da experiência jurídica, exigem interpretações integradas. O isolacionismo e a independência temática do direito privado não resistem, assim, às extraordinárias transformações históricas, que deslocam o centro dos interesses meramente particulares para a esfera de atenção em assuntos de gradação universal.⁸⁸⁵⁹

Destaque-se que a norma constitucional, por configurar-se como razão primária e justificadora de todo o ordenamento jurídico, muito além de caracterizar-se por sua função hermenêutica (o ser) direcionadora do direito posto nas normas ordinárias, passa a ter como principal função direcionar os objetivos essenciais do Estado, sintetizados na fórmula do dever ser.

Seguindo essa ordem, o direito de propriedade, tradicionalmente tratado no âmbito exclusivo do Direito Civil - que conferia os atributos amplos de uso, gozo e fruição - ganha nítido contorno de direito público, atribuindo ao direito de propriedade uma função social.

Estão dados, assim, os novos alicerces jurídicos que permitem vislumbrar o significado atual do direito de propriedade.

2.2.1

⁵⁹ DIAS, Joaquim José de Barros. *Op. cit.* pg. 18.

A propriedade e sua função social

Sob o signo da função social da propriedade que aparece no sistema jurídico como princípio ordenador, pode-se extrair várias dimensões que circundam o tema e que, em última análise, afetam de chofre a aplicabilidade do instituto, conforme irá se tratar nos subtítulos seguintes, para que, no conjunto, se possa extrair o conteúdo essencial e o significado da propriedade na contemporaneidade e sua função social.

2.2.1.1. O problema da indeterminação do conceito de função social da propriedade

Os novos contornos da propriedade, que decorreram dos processos de transformação dados no início do Século XX, não foram imediatamente absorvidos no contexto da vida social, política e econômica. Marés leciona:

Esta idéia de que a propriedade gera obrigações passou a acompanhar o Direito ocidental por todo o século XX, muitas vezes não entendida, outras não aplicada, omitida, deliberadamente esquecida, sempre presente nos discursos oficiais e distante das decisões judiciais.⁸⁹⁶⁰

Certo é que a propriedade absoluta do liberalismo deixou raízes profundas no instituto, de tal modo que não foi, e pode-se dizer que até hoje não é, de aplicação clara e concreta o princípio da função social da propriedade. Os poderes absolutos do proprietário, consistentes em usar, gozar e dispor permaneceram praticamente intactos durante todo o Século XX, limitados somente pela desapropriação que como tal, somente retirava do proprietário a vontade de dispor do bem, substituída pela vontade do Estado, já que esta é compulsória. No demais, permaneceram incólumes os direitos conferidos pela propriedade, até porque a desapropriação dá-se com o pagamento da terra.

⁶⁰ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 86.

Contribui, certamente, para esse estado de coisas, a difícil aplicação concreta do princípio da função social da propriedade, como elucida Moraes:

Os poucos autores que têm tocado a essência do princípio da função social limitam-se a referir-se a uma forma de limites ao direito de propriedade ou, então, a um dever jurídico, negligenciando as demais manifestações e pouco esclarecendo acerca das características do referido limite ou dever. Isto explica por que, como princípio de Direito, não se tem prestado a fundamentar nenhuma ou quase nenhuma decisão nos nossos tribunais; como dever jurídico, não é exigido; e como limite ao direito de propriedade, não se lhe conhecem os confins.⁹⁰⁶¹

Nesse contexto, não se pode olvidar que a função social da propriedade, enquanto princípio, não passou de uma adaptação do capitalismo, daí porque fácil é conceber-se as razões pelas quais o princípio teve, ao longo do Século XX, aplicação tão pífia, como bem pondera Gomes:

[...] o conceito de função social, conquanto concorresse para 'instaurar relações mais eqüitativas', não representava um elemento de ruptura no esquema do direito de propriedade do indivíduo, isto é, na propriedade privada, mas a resposta mais sagaz e politicamente mais hábil para justificá-la num sistema do capitalismo maduro.⁹¹⁶²

Soma-se ainda o fato de que a propriedade assume, ao longo do tempo histórico, variadas funções, muitas vezes contraditórias. Assim percebe-se que a propriedade aparece como elemento essencial ao desenvolvimento econômico, ao mesmo tempo em que figura, na atualidade, de fundamental importância para a proteção dos recursos naturais. Toda essa contradição está embutida na indefinição do conceito de função social da propriedade. Sob o mesmo signo – função social – abrigam-se multifacetados empregos da propriedade, na medida em que é nela que se busca a matéria-prima que servirá no processo desenvolvimentista, da mesma forma que é nela que se tem que buscar a proteção e até intocabilidade de parcelas dos recursos naturais, por exemplo.

No cerne da questão está, certamente, o fato de que como adaptação do sistema capitalista, a função social da propriedade foi abstratamente considerada,

⁶¹ MORAES, José Diniz. *Op. cit.* p.13.

⁶² GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil.* p. 271.

até porque, a estrutura formal da propriedade permaneceu imodificada. Os seus atributos, constituídos pelo usar, gozar e dispor tiveram aplicação irrestrita, desde os tempos da sua configuração, no período liberal.

Verifica-se, assim, que no decorrer desse processo, desde sua constituição, até os dias atuais, a propriedade passou pela atribuição de diversas funções. No período liberal inicial, a principal era a de estandarte da liberdade, garantia de participação política, conforme se anotou com as palavras de Benjamin Constant⁹²⁶³. Mais à frente, passa a caracterizar-se com maior ênfase em razão de seu papel no desenvolvimento econômico dos países e, ainda, até como consequência desse processo. Chega-se ao final do Século XX, a encará-la diante de seu papel na conservação dos recursos naturais e nas questões ambientais envolvidas.

Essa multifuncionalidade, própria do instituto, insere-se na discussão e caracterização da função social da propriedade, concorrendo com a dificuldade de caracterização acerca de seu conteúdo concreto. É exatamente em função dessa situação que “o direito de propriedade, ao regular a relação entre o sujeito proprietário e os bens e a relação daquele com outros sujeitos, em razão de sua posição, se manifesta como particularmente sensível à mutação das condições históricas e das contingências [...]”⁹³⁶⁴, conforme ensina Rodotà.

Por certo que a discussão sobre a função social da propriedade ao ter sido iniciada num contexto de luta de classes, conforme já apontado, em que se propõe uma melhor distribuição das riquezas, numa fase em que o individualismo pretende ser superado em nome do bem-estar coletivo, provoca uma dupla acepção quanto ao seu conteúdo, considerando os interesses divergentes instalados: de um lado, a manutenção do *status quo*; do outro lado, propostas de mudança. Assim, a discussão sobre a função social ganha um viés bipartido, qual seja, num plano, foca-se a discussão de que a função social deve promover novos comportamentos por parte dos proprietários, noutra plano, no fato de que a função social deve promover uma redistribuição da propriedade. Esses planos de discussão não se excluem, ao contrário, complementam-se, levando a discussão, no que toca ao aspecto jurídico,

⁶³ Cf. nota 41 deste Capítulo.

⁶⁴ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.* p. 174. Livre tradução.

mais para o direito público ou mais para o direito privado, num verdadeiro embate de forças.

Destaque-se que esse embate de forças é possível desde quando se trate a função social da propriedade como elemento exterior a ela, sendo que é nesse contexto que as forças políticas de manutenção do *status quo* operam na tentativa de fazer valer o individualismo desmedido.

Paralelamente, a proposta social mais atual age com uma lógica diversa, em que, buscam-se garantir, dentro de um contexto solidarista, formas de inserção e promoção social que não se compatibilizam com as ações meramente individuais, no exclusivo interesse privado. Essa lógica deve operar sobre todos os movimentos sociais e institutos de direito, inclusive e, especialmente, o da propriedade.

Entre uma e outra forma de pensamento, situa-se a função social, com toda sua carga de imprecisão contida em seu conceito que é afetado, portanto, pelas estruturas ideológicas que fundam a propriedade enquanto instituição, que tentam não localizar no qualificativo “social” nenhuma expressão concreta, o que vem traduzido por Rodotà no seguinte excerto:

A ambivalência recordada, que se liga com motivações ideológicas que não recebem concreta expressão (ainda que não por isso deixem de ser transparentes), se funda precisamente sobre a afirmada impossibilidade de entender de modo unívoco a qualificação social, sobre a falta de credibilidade de qualquer tipo de mensuração da utilidade social e, portanto, sobre a inutilidade de empreender qualquer classe de tentativa de tradução em fórmulas jurídicas rigorosas, quando não se chega à desconfiança total face a todas as proposições que o adjetivo social comporta.⁹⁴⁶⁵

Cinge lembrar que o processo de operação dessas mudanças não se deu do dia para a noite. São anos, quase um século, em que o instituto vem sendo conduzido a operar em outras bases. Nesse passo, fácil é compreender porque a função social da propriedade foi tratada, de início, como algo exterior ao direito de propriedade, evoluindo para se lhe tornar intrínseca. Em dada medida, também vale para os institutos sociais a lei da inércia, em que os corpos tendem a permanecer no mesmo estado, salvo ação externa que lhe oponha outro curso. No caso da

⁶⁵ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.* p. 191-192. Livre tradução.

propriedade, não fossem os movimentos sociais de emancipação popular, estaria a mesma sendo operada tal como foi constituída pelo liberalismo. A diferença está que do ponto de vista da física é possível ocorrer um movimento imediato que provoque mudanças de curso. O mesmo, contudo, não acontece com os sistemas sociais que demandam certo tempo de maturação para ocorrer.

Acrescente-se a esse tempo de maturação a contribuição da ciência jurídica e do Direito, no que toca ao instituto da propriedade, que concorreram fortemente, com seu caráter conservador, para a manutenção do *status quo* da propriedade individualista e egoística.

Importante destacar que a necessidade de que a propriedade fosse adaptada às necessidades sociais foi, inicialmente, sentida e construída no âmbito do Direito Público, especialmente no Direito Administrativo, no capítulo das intervenções propostas pelo Estado na propriedade privada. Contudo, o Direito Administrativo sempre tratou dessas restrições impostas pelo Estado, como limites externos à propriedade, exercitáveis através de institutos jurídicos tais como, as limitações administrativas propriamente ditas, a ocupação temporária e a requisição de imóveis, o tombamento, a servidão administrativa e a desapropriação. É o que se pode extrair de juristas pátrios de quilate, como Cretella Junior e Meirelles, para quem:

[...] ao passo que o direito civil de propriedade confere ao titular cem por cento, vamos dizer, do *jus utendi, fruendi et abutendi*, o direito público da propriedade, que considera o bem dentro de um conjunto maior, vai reduzindo o quantum daquela fruição, porque observa a totalidade dos direitos de propriedade bem como a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social.⁹⁵⁶⁶

Entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do Poder Público que, compulsoriamente, retira ou restringe direitos dominiais privados, ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público.⁹⁶⁶⁷

Pode-se depreender a partir do pensamento dos administrativistas citados que a intervenção do Estado na propriedade, sob regime de direito público, portanto, parte do pressuposto de redução de direitos do proprietário. Há uma pressuposição

⁶⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *Regime jurídico do tombamento*. Revista de Direito Administrativo **112**. p. 51.

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 496

de que o proprietário detém direitos amplos e irrestritos, limitados por razões de interesse público. Vale apenas trazer ainda os ensinamentos de Di Pietro, pela sua atualidade:

[...] Nas limitações administrativas, o proprietário conserva em suas mãos a totalidade de direitos inerentes ao domínio, ficando apenas sujeito às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social; a propriedade não é afetada na sua exclusividade, mas no seu caráter de direito absoluto, pois o proprietário não reparte, com terceiros, os seus poderes sobre a coisa, mas, ao contrário, pode desfrutar de todos eles, da maneira que lhe convenha, até onde não esbarre com óbices opostos pelo poder público em prol do interesse coletivo.⁹⁷⁶⁸

Dessa forma, o Direito Administrativo construiu a sua teoria da intervenção do Estado na propriedade, externamente ao direito, incorporando a noção de função social, quando muito, nessa externalidade. É por isso que Silva leciona que o princípio da função social “tem sido mal definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade”.⁹⁸⁶⁹ Sendo assim, a teoria da intervenção do Estado na propriedade, professada pelo Direito Administrativo, partiu a descrever os institutos legais, através dos quais o Estado realiza as intervenções, para concluir que se o instituto é aplicado com caráter de generalidade, ou seja, incidindo sobre uma generalidade de afetados, não há que se falar em indenização por danos causados ao direito de propriedade, através da intervenção Estatal. Foi a saída possível que o Direito Administrativo encontrou para a contradição que parecia evidente no seio do sistema. Nem o proprietário poderia se recusar a cumprir a limitação de caráter administrativo, nem tampouco seria justo pleitear indenização, nesses casos.

Não poderia ser diferente naquela linha de pensamento. Ora, se a intervenção é externa ao direito, toda vez que o Estado intervém, ele provoca sacrifício de direito e, no plano dos danos a esses direitos e a sua conseqüente reparação, a teoria administrativista resolveu pela generalidade ou não do instituto aplicado pelo Estado, na tentativa de manter a integridade do sistema, conforme se pode observar em Meirelles:

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 127.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 65.

[...] para que sejam admissíveis as limitações administrativas sem indenização, como é de sua índole, não de ser gerais, isto é, dirigidas a propriedades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua aplicação. Para situações particulares que conflitem com o interesse público, a solução será encontrada na servidão administrativa ou na desapropriação, mediante justa indenização, nunca na limitação administrativa, cuja característica é a gratuidade e a generalidade da medida protetora dos interesses da comunidade.⁹⁹⁷⁰

De se destacar que as limitações administrativas “atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância”¹⁰⁰⁷¹ que redundam, de outra parte, no fato de que deve ser observado, no caso concreto, a distinção entre “a estrutura do direito de propriedade (condicionada ao cumprimento de sua função social) do exercício do direito de propriedade, que pode ser limitado. As limitações dirigem-se ao proprietário”¹⁰¹⁷², não à propriedade. Marés esclarece que as limitações administrativas não são o instrumento jurídico adequado a explicar os bens socioambientais:

A limitação administrativa não é bastante para explicar o direito coletivo gerado sobre o direito individual de propriedade nos bens socioambientais. As limitações administrativas, embora sejam impostas a um bem individuado, é criação genérica da lei ou do ato administrativo autorizado em lei, não importando a qualidade do bem atingido. Ao contrário, no bem socioambiental, o que importa é a qualidade do bem, seja ele individual ou um conjunto individuado. Portanto, a restrição que se impõe a este bem não é limitação fruto de um ordenamento genérico do Poder Público, mas, de suas qualidades intrínsecas.¹⁰²⁷³

Na atualidade, apesar de não haver consenso entre os pensadores administrativistas, já é possível localizar novas formas de pensamento no que toca à classificação das intervenções estatais no domínio privado. O Direito Administrativo começa a ser repensado, retirando dos institutos atinentes à intervenção do Estado na propriedade, seu caráter limitador de direitos, embutindo-os no conceito de função social, fornecendo-lhe novos contornos, como se pode extrair do seguinte excerto:

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 529-530.

⁷¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. p. 110.

⁷² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Op. Cit.* p.90.

⁷³ MARÉS, Carlos Frederico. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. p. 25.

[...] ao afirmarmos que as limitações administrativas não ensejam a possibilidade de indenização aos particulares tem-se por razão de ser a percepção de que não há qualquer sacrifício do direito, isto é, as limitações administrativas representam o próprio contorno do direito, logo, o que supostamente pode parecer que lhe foi retirado – como a proibição de construir acima de certa altura, ou de respeitar o recuo para edificar, ou de não poluir mesmo em sua propriedade, ou de não promover sons acima de certa altura -, na realidade, nunca lhe pertenceu, nunca integrou o delineamento do direito.¹⁰³⁷⁴

2.2.1.2. Conteúdo e sentido de função social da propriedade

A função social da propriedade é marcada, conforme se pode verificar, pela imprecisão do conceito, contudo, é possível identificar, no sistema jurídico, elementos que podem minimizar tal imprecisão, dando-lhe aplicabilidade prática.

Da própria denominação – função social – extrai-se algo que não se pode deixar de reconhecer. Social não significa o mesmo que individual, tendo aliás, significados opostos. Por social deve ser entendido aquilo que interessa, que diz respeito à sociedade, considerada em seu todo e comporta, tanto aquilo que seja melhor para o maior número de pessoas, quanto, inclusive, à guarda de interesses individuais, desde que estes sejam relevantes para a sociedade, ou seja, quando não haja conflito com os interesses gerais ao mesmo tempo em que não haja supressão da liberdade individual. Por certo que isso não resolve o problema da imprecisão do conceito, mas tem o condão de afastar tentativas de vinculá-lo ao caráter meramente individualista da propriedade.

O sistema normativo brasileiro também confere alguns indicativos para a elucidação da questão. Efetivamente, as disposições constitucionais e legais oferecem um critério operativo para a definição do conceito de função social da propriedade. A busca da expressão “social” no texto da Constituição Brasileira aponta a utilização da expressão em acepções diferentes, ora aparecendo como um valor adjetivo, ora aparecendo como um substantivo nominal.

Como substantivo é possível identificar o aparecimento da expressão social desde o preâmbulo do texto constitucional, como por exemplo, direitos sociais,

⁷⁴ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*. p. 111.

prestação social alternativa, previdência social, integração social, patrimônio público e social, assistência social, ordem social, comunicação social, fundo social de emergência, dentre outros. Observa-se, nesses casos, o caráter nominativo que a expressão determina, dando indicativo de qual instituto está o texto constitucional a se referir.

Em outros momentos, a expressão assume um perfil axiomático, como por exemplo, função social, interesse social, justiça social, desenvolvimento social. Nesses casos, a expressão está a adjetivar a que lhe antecede, denotando um conjunto de preceitos que se vinculam à expressão e que se encontram subentendidos na norma constitucional.

Contudo, há um indicativo que se pode extrair num ou noutro momento em que a Constituição cita a expressão “social”, que é a intervenção do Estado em determinadas atividades particulares na busca de promover o bem-estar do conjunto da população. Essa intervenção pode se dar através de normatização e estabelecimento de diretrizes ou por meio da presença efetiva do Estado, quando este desenvolve atividades de cunho social. Acrescente-se a circunstância de que toda vez que o Estado interfere nas atividades dos particulares, ele realiza, ainda que reflexamente, uma intervenção econômica¹⁰⁴⁷⁵, seja promovendo os menos favorecidos, seja limitando as ações da parcela da população menos necessitada.

No que toca à propriedade, a função social que lhe é determinada tem esse caráter adjetivo que impõe à função econômica que lhe é inerente uma intervenção estatal no sentido de determinar a sua caracterização, impondo-lhe a obrigação de promover o bem-estar coletivo. Daí que Rodotà explica: “isso significa que sempre que se mantenha firme o nexos que liga a matéria da propriedade com a iniciativa econômica, o pressuposto comum de reconhecimento é que responda a um fim de caráter não individualista”.¹⁰⁵⁷⁶

Dessa forma, para a caracterização adequada da Função Social da propriedade, não basta que esta cumpra um elemento econômico qualquer, que se vincule, por exemplo, exclusivamente à produtividade, o que se traduziria na seguinte sentença: a propriedade produtiva cumpre sua função social. Vai-se mais

⁷⁵ Nota da autora: sobre a função econômica da propriedade ver item 2.2.4 deste Capítulo.

⁷⁶ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.* p. 202. Livre tradução.

além, na medida em que se faz necessário que os particulares distribuam suas atividades, de maneira a que seja propiciada a melhor utilização dos recursos postos à disposição, a partir da propriedade. Se lhes impõe uma maximização de qualidade, de modo que não se considera suficiente qualquer resultado, mas exige-se o atingimento daquele que acompanhe, no conjunto das potencialidades que a propriedade detém, o estabelecimento de relações sociais mais eqüitativas em todos os sentidos em que as relações sociais podem se dar em interface com a propriedade.

Para o alcance da resposta almejada quanto ao cumprimento pela propriedade de sua função social, caberia uma interrogação no caso concreto: dessa forma como a propriedade vem sendo utilizada pelo particular, pode-se extrair a conclusão de que está a permitir a construção de relações sociais mais harmônicas em todos os âmbitos em que isso seria possível? Se a resposta for não, há uma violação ao princípio da função social.

Isso conduz à conclusão de que o princípio da função social, como determinado, encontra-se no âmbito interno, ou seja, na estrutura do direito de propriedade. Não lhe é exterior, como mero limite, que seria o mesmo que autorizar o proprietário a dar o destino que lhe aprouvesse, se lhe impondo somente condições externas, desde que estas não afetassem a individualidade empregada no exercício do direito.

Contudo, quando se está a tratar da função social da propriedade, não se perquire se a propriedade está atendendo à vontade do sujeito proprietário, para em momento posterior, ser condicionada. Perquire-se, sim, a sujeição da vontade individual ao bem-estar coletivo posto na norma e/ou na vocação natural da terra. O viés muda substancialmente, pois o individual curva-se ao social. No primeiro caso, a vontade constituiria o direito de propriedade, devendo o proprietário apenas adaptar-se ao limite que viesse a ser imposto. No segundo caso, o direito somente se constitui mediante o atendimento do bem-estar coletivo que se traduz no princípio da função social. Sem o cumprimento desta, não há que se falar em direito de propriedade, portanto.

Na prática, os reflexos são importantes. Uma coisa é admitir-se que o proprietário pode usar, gozar e dispor da propriedade a seu bel prazer, desde que

não afete, por exemplo, o direito de passagem que o vizinho de propriedade encravada possui. Outra, é concluir-se que o direito de propriedade somente se constitui legitimamente quando atenda, no mesmo exemplo, o acesso comunitário da vizinhança que se encontre em propriedade encravada. No primeiro caso, o proprietário pode se escusar ao cumprimento da condição sob qualquer alegação, que será resolvida em último caso pelo Estado, numa lide judicial que opinará qual o direito prevalente. No segundo caso, não há escusa legítima pois não haveria direito de propriedade constituído, de modo que a vizinhança prejudicada poderia opor resistência à vontade individual do proprietário (evidentemente sem abuso) não tendo como haver acolhida, por parte do Estado-juiz, à pretensão egoística.

Adentram, nesse passo, as questões sobre se a propriedade tem ou é uma função social. O ser uma função social denota a sua condição intrínseca, de constituição da propriedade, do como ela se constitui. O ter uma função social, lhe é exterior, no sentido de que ela é algo em si mesma que tem alguma coisa, como se fosse um apêndice, sendo a tal coisa a função social.

No caso da propriedade, se pode dizer que esta é uma função social, na medida em que o conceito lhe integra o âmago, como explicita Rodotà que disserta que “[...] a função deve considerar-se como componente da estrutura da propriedade, os dados que reconduzem a ela (deveres e encargos que gravam o titular) não se podem colocar no exterior da situação como limites de direito público [...]”¹⁰⁶⁷⁷.

Destaque-se que o qualificativo social possui uma adaptação histórica, aplicada ao tempo e ao lugar dos fatos, que deve ser necessariamente considerada. Assim, se no pós-guerra, o vínculo ‘social’ estava adstritamente ligado ao desenvolvimento, daí porque não se conceber uma propriedade improdutiva, por exemplo, nos tempos atuais avultam-se as questões ambientais, conforme já se explanou no capítulo precedente, daí porque não se concebe uma propriedade produzindo contaminação por poluentes, ainda que sob a alegação de estar propiciando emprego e desenvolvimento. Mais uma vez é importante destacar que as múltiplas funções da propriedade se somam, não se excluem. É provável que, no

⁷⁷ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.* p. 221. Livre tradução.

futuro, a propriedade ganhe ainda outras funções que sequer se cogitam no presente. O tempo histórico marca essa caracterização.

Ademais, quando se está a tratar da função social, observa-se que a mesma opera em três diferentes vertentes: (1) retirando do proprietário o uso indiscriminado de determinados atributos da propriedade; (2) condicionando o exercício dos atributos que remanescem e (3) compelindo o proprietário a adotar necessariamente determinados atributos ainda que contra sua vontade e mais, de acordo com diretrizes determinadas.¹⁰⁷⁷⁸

Nessa seara não se pode olvidar que a função social, diminui, inarredavelmente, o conteúdo do direito de propriedade, se considerada a propriedade absoluta do primeiro momento liberal. Contudo, a introdução do princípio da função social impõe algo muito significativo, quando compreendida em seu preceito intrínseco à propriedade, que é o fato de lhe não diminuir em nada. Na verdade, a constitui. Não há direito de propriedade sem cumprimento da função social. Não havendo direito constituído e reconhecido a favor do proprietário, não há dever a ser correspondido em benefício dele, sejam deveres que tivessem que ser satisfeitos por outros indivíduos, pela coletividade ou pelo Estado.

Em outras palavras, pela função social, não há dever por parte do proprietário de abster-se de uma dada faculdade que lhe atribuiria a propriedade, na medida em que não há um conteúdo de propriedade, a *priori*, que será diminuído em face da aplicação do princípio da função social, ou seja, não há faculdades que sofrem limites. Do que decorre que se o proprietário não detém essa faculdade a *priori* (inerente a um direito de propriedade que lhe conferiria alguns atributos) ele não tem, em verdade, do que se abster, porque ninguém pode se abster de algo que não tem.

Atente-se que a expressão “abstenção” exige uma intenção de vontade consciente em deixar de fazer algo por vontade própria, ainda que sob coação. Trata-se de algo que poderia ter sido feito, na medida em que havia condições materiais para tanto, e não o foi por razões que se encontram no sujeito da ação. Deste modo, a ausência de condições materiais para realizar determinada ação, não se caracteriza como abstenção. Assim, se alguém, tendo acesso à alimentação, por

⁷⁸ RODOTÀ, S. Idem. p. 238. Livre tradução.

exemplo, deixou de se alimentar, pode-se dizer que tal sujeito absteve-se de alimentação. Entretanto, se o sujeito não tinha acesso a alimentos (ausência de condições materiais) não se pode falar de abstenção, mas sim de impossibilidade. Trazendo isso para o direito de propriedade, significa que a função social, não trata de fazer com que o proprietário (sujeito) abstenha-se de determinada ação. Trata-se do fato de que falta ao sujeito a possibilidade de fazê-lo (ausência das condições materiais).

O grande ponto que se põe em cheque, a esta altura da discussão que ora se trava sobre a propriedade e sua função social, está na identificação das obrigações impostas ao proprietário e que estão contidas no conceito de função social. Tais obrigações, certamente, não devem ser entendidas como uma menção genérica a qualquer tipo de interesse relevante para a generalidade dos componentes da coletividade. É preciso identificar, no corpo legislativo, quais os dispositivos que, ao incidir sobre a propriedade, têm a intenção de promover a função social desta. Em se tratando de propriedade rural, isto é clareado pelo artigo 186 da Constituição Federal que delimita em linhas gerais os dados necessários ao cumprimento da função social.¹⁰⁸⁷⁹ Da mesma sorte que, em se tratando da propriedade urbana, o artigo 182 da Constituição Brasileira cumpre o mesmo objetivo.¹⁰⁹⁸⁰

⁷⁹ BRASIL, Constituição (1988). 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”.

⁸⁰ BRASIL, Constituição (1988). Art. 182. “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1.º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2.º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3.º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4.º É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

Destarte, a legislação infraconstitucional que tenha por objetivo regulamentar o uso da propriedade, os limites da ação do proprietário, bem como suas obrigações necessárias, estarão contidos no conceito de função social. É o que ocorre com o Estatuto da Terra que dispõe acerca dos elementos que satisfazem à função social:

A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.¹¹⁰⁸¹

Para Marés, “pode-se observar que, ainda que passível de variadas interpretações, os critérios existem e possibilitam verificar quando e em que circunstâncias há violação do cumprimento da função social”.¹¹¹⁸²

Atente-se, contudo, que não se pode circunscrever o papel do princípio da função social às normas concretas que venham a incidir sobre a propriedade. Como princípio fundante, a função social não pode ser esquecida como fundamento jurídico de onde todas as normas que incidam sobre a propriedade retiram sua condição de validade. Vale dizer, são válidas as normas que, ao tratar de regular a propriedade, estabelecendo seus contornos, o façam em absoluta consonância com o princípio da função social. Há que se dar à função social seu real significado principiológico que tem a tarefa de integrar o sistema jurídico, dando-lhe uniformidade. A lição de Rubino, citado por Rodotà, complementa a idéia:

Quanto a falar da operatividade imediata da função, diz-se que constitui o cimento, a idéia unificadora, o princípio sistemático de organização que, como tal, supera o episódio, dissolve os limites das disposições excepcionais, estabelece os nexos entre as disposições particulares e preenche as lacunas a respeito de todas as normas nas quais se pode ver uma concreta e específica atuação de exigência de caráter social por meio do direito de propriedade.¹¹²

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

⁸¹ BRASIL, Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964. Estatuto da Terra, §1º do Artigo 2º.

⁸² MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. p. 112.

⁸³ Apud D. RUBINO, *Odierna tendenze sui limiti del diritto di proprietà* in RODOTÀ, Stefano. *El Terrible Derecho: Estudios sobre la propiedad privada*. p. 267. Livre tradução.

Destarte, a função social operará, em dados momentos, objetivamente, através da incidência de normas jurídicas concretamente consideradas e, em dados momentos como princípio operativo, aplicável ao caso concreto. Nesta segunda hipótese, deverá ser, caso a caso, reconstruída a *ratio* do interesse tutelado no momento da aplicação da função social, considerando, além da base principiológica constitucional, outras variáveis inerentes ao fato concreto que, por tal, não operam de forma uniforme. Reafirme-se que a função social, assim considerada, não está atrelada exclusivamente a amarras normativas objetivas e opera, conforme lição de Rodotà, de modo sistemático:

A função social, como algo inerente à estrutura da propriedade, vê reduzida a margem de indeterminação, que havíamos visto como algo próprio de sua natureza de princípio elástico e adquire os contornos mais precisos de uma reconstrução que, com plena legitimidade, pode ter em conta todos os elementos presentes no sistema para determinar sua operatividade, inclusive nas situações mais especiais.¹¹³⁸⁴

Acrescente-se, ainda, que ao proprietário não é dado violar o direito-função de propriedade já que à propriedade não se pode dar outra destinação que não seja a social. A Constituição da República é cristalina: “a propriedade atenderá sua função social”.⁸⁵ O verbo atender que significa “1. Acolher com atenção, ouvir atentamente. 2. Tomar em consideração, deferir. 3. Atentar, notar, acompanhar, observar”⁸⁶, está posto no texto constitucional em conjugação verbal imperativa. Não é uma faculdade, portanto, não cabem considerações sobre exceções. Caso o proprietário descumpra a função social, o lesado, no caso a coletividade através do Estado poderá, como toda obrigação descumprida, “exigir o seu cumprimento, a reparação do dano causado ou ainda exigir a reposição das coisas ao estado anterior”¹¹⁶⁸⁷, observado o caso concreto. Além disso, a Constituição Federal autoriza que o Estado promova a desapropriação-sanção, que sujeitará o proprietário à perda da propriedade.¹¹⁷⁸⁸

⁸⁴ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*. p. 267. Livre tradução.

⁸⁵ BRASIL, Constituição (1988). Art. 5º. Inc. XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”.

⁸⁶ DICIONÁRIO LAROUSSE ilustrado da língua portuguesa. São Paulo: Larousse do Brasil, 2004.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. p. 143.

⁸⁸ BRASIL, Constituição (1988). Art. 184. “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida

Assim, como toda obrigação decorrente de norma, a consequência pelo descumprimento da função social da propriedade dá-se em três esferas: levar o proprietário a cumprir a função social, levar o proprietário a reparar o dano pelo tempo em que a propriedade deixou de cumprir a função social e ainda, fazer com que o proprietário retorne a propriedade ao seu *status quo ante*, o que se aplicaria somente se essa propriedade tivesse cumprido, em algum momento, sua função social.

Em síntese, nada impede, ao contrário, há uma obrigação atribuída ao Estado, para que, em nome da coletividade, exija o cumprimento da função social, somada a reparação dos danos causados no tempo em que ela não foi cumprida, e ainda, realize a desapropriação-sanção.

Mesmo em caso de desapropriação-sanção, atente-se, o Estado pode e deve exigir do proprietário a indenização pelo tempo em que a propriedade deixou de cumprir a função social. Obrigação descumprida gera o dever de reparação, invariavelmente. A desapropriação é uma sanção a mais e não exclui os efeitos do descumprimento da obrigação.

Ocorre que é coisa rara, senão inexistente, o Estado impor a obrigação ao proprietário de cumprimento da função social da propriedade. Todas as pesquisas que se procurou realizar não lograram êxito em encontrar na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros nenhum acórdão decidindo uma lide que envolvesse o Estado de um lado e proprietário de outro, na intenção de fazer o segundo restituir à propriedade o cumprimento de sua função social, indenizando pelas perdas havidas no tempo em que o descumprimento esteve presente. Ressalva seja feita às questões atinentes à função ambiental da propriedade. Localizam-se várias discussões judiciais na intenção do ente legitimado (Ministério Público, Organizações Cívicas e Entidades Estatais ambientalistas) compelindo o proprietário a conferir a destinação ambiental à propriedade, especialmente nos casos de recuperação de reserva legal e áreas de preservação permanente. Contudo, é a temática ambiental que figura como objeto central da discussão, quase nunca

envolvendo, diretamente, a discussão sobre o cumprimento da função social da propriedade, que de resto é relegada a um segundo plano.

Certamente é por isso as críticas contundentes de Figueiredo e Marés ao apontarem a desapropriação-sanção como uma falha do sistema, na medida em que, em última análise se vê o proprietário que descumpra a função social da propriedade, sendo recompensado com a indenização, na exata medida em que o Estado omite-se no cumprimento de seu dever.

[...] a desapropriação-sanção é medida por demais tímida para mitigar as graves conseqüências do desrespeito à função social da propriedade em sua dimensão ambiental.¹¹⁸⁸⁹

A desapropriação utilizada nos casos de descumprimento da função social, porém, alimenta dois enormes defeitos e injustiças: primeiro, remunera a mal usada propriedade, isto é, premia o descumprimento da lei, porque considera causador do dano e obrigado a indenizar, não o violador da norma, mas o Poder Público que resolve pôr fim à violação; segundo, deixa a iniciativa de coibir o mau uso ao Poder Público, garantindo a integridade do direito ao violador da lei.¹¹⁹⁹⁰

Assim, fizesse o poder público o papel que lhe é determinado, certamente as distorções apontadas pelos autores citados seriam corrigidas, ainda que não completamente. Cumprisse o Estado o dever de fazer o proprietário que não cumpre a função social, reparar pelos danos causados, compensando a coletividade pela sua omissão ou ação destrutiva, a desapropriação poderia ser vista, aí sim, como verdadeira sanção, ao passo em que o proprietário seria impelido a, além de reparar os danos provocados, perder o direito de manter o vínculo com a propriedade.

2.2.2. Direito subjetivo e propriedade

Paralelamente à função social que a propriedade deve cumprir, persiste no sistema jurídico brasileiro, um direito subjetivo conferido ao proprietário, que o vincula diretamente à propriedade. Nesse passo, faz-se importante destacar que apesar do processo de mutação que sofreu a propriedade, não se pode perder de

⁸⁹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Op. cit.* p 85.

⁹⁰ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.*, p. 109.

vista que no contexto em que foi constituída na modernidade e no liberalismo - como anteparo ao poder absoluto do Estado e como corolário do princípio da liberdade - há, na contemporaneidade, um conteúdo básico que permanece, até porque o sistema capitalista que a constituiu igualmente permanece. Deste modo, importante conservar, do originário instituto da propriedade, esse conteúdo mínimo que remanesceu, dando a devida importância ao que Rodotà irá chamar de “conquistas não transitórias do liberalismo”¹²⁰⁹¹, de modo que não recrudesceram de todos os ideais de liberdade, somente este ganha novas cores para se adaptar às novas necessidades. Nesse aspecto, importante trazer à luz, mais uma vez, o pensamento de Rodotà:

Efetivamente, a identificação de propriedade e de liberdade nascia da comprovação da importância decisiva dos nexos existentes entre poder político e propriedade (especialmente da terra). Contudo, hoje, a atribuição de poder político prescinde em muitos casos da propriedade [...] e o poder tem encontrado sua sede, freqüentemente, mais no controle do que na titularidade dos bens [...]. Assim, decorre que a liberdade do indivíduo não encontra sua defesa tanto na garantia de acesso a propriedade e no indiscriminado desfrute dos bens, mas sim em uma intervenção estatal capaz de impedir a transformação da instituição em um instrumento de privilégio e de evitar destruições de riqueza.¹²¹⁹²

Assim, vale trazer à tona a discussão sobre a propriedade e o direito de propriedade na medida em que embora o descumprimento da função social recaia sobre a propriedade, a sanção pelo descumprimento incide no âmbito do direito de propriedade. Há diferenças essenciais entre os conceitos que precisam ser elucidadas. A propriedade, em si, se constitui como instituição jurídica garantida, no sistema constitucional brasileiro, com o objetivo de apropriação privada. É essa instituição que contém, em seu âmago, a função social. É nesse momento que o direito de propriedade pode ser confundido com o objeto do direito que lhe é alvo. Ora, a propriedade, para que cumpra uma função social, precisa ter operando sobre ela, um sujeito que promova a ação social que lhe é determinada. Este se denomina proprietário, o detentor do direito de ter sujeitada a si uma propriedade. Aqui, exatamente nesse ponto, é que a função social começa a operar concretamente,

⁹¹ RODOTÀ, *Op. cit.* p. 227. Livre tradução.

⁹² RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 227. Livre tradução

uma vez que esse sujeito não tem o direito de, por ter sujeitada a si uma propriedade, fazer dela alvo exclusivo de sua vontade. Ao contrário, esse sujeito possui o dever de, em tendo submetida a si uma propriedade, promover a sua função social. Este é exatamente, o único direito garantido, o direito-dever que a propriedade confere.

É em razão dessa incidência da função social sobre o direito de propriedade que leva Rodotà a alertar acerca de existência de teses que passam a entender que a função social conduziu à regulação da propriedade não mais em função do direito que sobre ela existe, mas em razão da própria coisa, afirmando o autor: “se quer dizer substancialmente que já não se persegue garantir a atividade do sujeito, senão a utilização do bem do modo mais conforme com o interesse que se considera preferente”⁹³. Contudo, o mesmo autor alerta, que não se pode desprezar a relevância e o significado da relação subjetiva que o sujeito exerce sobre o objeto. A Constituição Brasileira garante essa relação de exercício subjetivo⁹⁴ e aponta a propriedade como instrumento e como princípio da ordem econômica, com o objetivo de assegurar a toda a coletividade existência digna.⁹⁵

Assim, se há a garantia do exercício do direito de propriedade, que confere ao proprietário a manutenção de uma relação subjetiva para com o objeto de domínio e se essa propriedade tem como diretriz conferir existência digna a todos, há indubitavelmente, uma reserva constitucional de garantia ao direito subjetivo, com o escopo de que o preceito constitucional relativo ao processo econômico seja realizado, sob comando privado. Portanto, há que haver uma equação de equilíbrio que mantenha a propriedade cumprindo sua função social, ao mesmo tempo em que exerce o seu papel de instrumento fundamental ao desenvolvimento da ordem econômica. O que há que se consignar é que não há contradição fundamental entre esses preceitos, mas sim complementariedade. Ora, a propriedade privada somente é admitida quando cumpre sua função social e quando, ao mesmo tempo, serve de instrumento da atividade econômica. São deveres, portanto, atribuídos ao proprietário que no exercício do seu cumprimento, conferem direitos a este.

⁹³ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.* p. 248. Livre tradução.

⁹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º, inc. XXII – “é garantido o direito de propriedade”;

⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – propriedade privada;”.

Para clarear a discussão, vale trazer um exemplo. O proprietário rural que confira uso agrícola à sua propriedade, proporcionando a geração de empregos, a proteção ambiental com o cumprimento da lei, a geração de renda para o município no qual se insere, dentre outras ações que podem estar contidas no princípio da função social, precisa, para a realização dessas atividades, ter assegurado os direitos inerentes ao domínio. Ora, se o proprietário não tem assegurado o domínio, ele não pode realizar atividades cumpridoras da função social na propriedade e se não realiza tais atividades, ele não tem o direito de domínio. A lógica do sistema jurídico pátrio afigura-se evidente.

Poderia ser discutido se tal lógica é a mais justa ou se promove efetivamente a distribuição de riquezas. Contudo, não se poder olvidar que é essa a lógica mantida pela norma fundante brasileira que, aliás, replica as normas constitucionais da maioria¹²⁵⁹⁶ dos Estados capitalistas, fundados que o são no princípio da propriedade privada. Como não poderia ser diferente, o Código Civil segue a regra Constitucional garantindo a propriedade plena e exclusiva.¹²⁶⁹⁷

Não se olvide que o princípio da função social não pretendeu ser uma quebra de paradigma sobre a propriedade. Nessa seara é que adentrarão as discussões sobre indenizações e reparações de danos ao direito de propriedade, mais especialmente, naquelas questões que envolvem o Estado como promotor de instrumentos de promoção social que incidem sobre a propriedade. Nem tudo pode ser feito pelo Estado em nome do cumprimento da função social. O núcleo essencial do direito subjetivo de propriedade foi mantido, não tendo sido rechaçado pela função social. Desta forma, há que ser respeitado o direito subjetivo do proprietário, no que a ação estatal exceder a caracterização da função social, configurando um *plus* de função social em favor da sociedade. A propriedade pode ter sobre si elevada a exigência de cumprimento de ações em prol da coletividade, através do estabelecimento de instrumentos concretos, que se caracterizem como um algo a mais. É esse *plus* de benefício social que, ao limitar a vontade do sujeito dirigida à

⁹⁶ Cf. MARÉS, Carlos Frederico: “a Constituição Mexicana afastou a desapropriação e possibilitou o uso coletivo da terra, a Lei Boliviana não reconhece a qualquer rumo, o direito à terra que não estivesse sendo usada ou que tivesse dimensão exagerada; a recente Constituição Colombiana reconheceu o direito da sociedade recuperar a terra sem indenização” in *A função social da terra*. p. 109.

⁹⁷ BRASIL, Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1231. “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

consecução de um fim social a ponto de extingui-la, estará no alvo das reparações de danos ao direito subjetivo do proprietário. Isso somente é possível exatamente em razão de que a Constituição garante o direito à propriedade privada, como direito e não exclusivamente como dever.

Neste sentido, para o sistema jurídico civilístico brasileiro, enquanto direito subjetivo, permanecem a favor do proprietário as faculdades de uso, gozo ou disposição da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.¹²⁷ Cumprida a função social, no demais, os poderes conferidos ao proprietário são plenamente exercitáveis. Ressalte-se que isso ocorrerá no âmbito privado, nas relações entre particulares, que são as relações reguladas pelo Direito Civil, superadas já que estarão, neste momento, as discussões sobre o cumprimento ou não da função social. Em resumo pode-se dizer que cumprida a função social, a propriedade está legitimada. Uma vez legitimada atribui-se ao proprietário, pelo sistema jurídico brasileiro, todos os “poderes”¹²⁸ inerentes à propriedade.

Diante do exposto, conclui-se que o princípio da função social não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo. Nesse ponto, é importante recorrer à origem da propriedade privada, instaurada no liberalismo, recordando a sua instituição como preceito vinculado ao princípio da liberdade. Assim, para a compreensão do que seja esse conteúdo essencial mínimo, é preciso identificar qual o substrato mínimo de liberdade que se deve procurar, na necessidade subjetiva que o proprietário busca assegurar através do direito de propriedade.

O desenvolvimento histórico da propriedade pode dar alguns referenciais a esse respeito. Assim, é possível identificar que no decorrer do processo histórico, toda vez que o homem ligou-se à terra, numa relação de domínio, foi-lhe garantida uma relação de poder no âmbito da sociedade, permitindo a condução de objetivos

¹²⁷ BRASIL, Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1128. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

¹²⁸ Nota da autora: Ao definir o conceito de possuidor, o Código Civil brasileiro expressamente determina ser aquele que possui um dos “poderes” inerentes à propriedade. Logo, o sistema jurídico brasileiro reconhece a existência de “poderes” em favor do proprietário. Veja-se a respeito o artigo 1196 do Código Civil: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

coletivos. Na Grécia, os cidadãos¹²⁹¹⁰⁰ mantinham relação de domínio para com a terra, que lhe localizava no mundo enquanto ser humano. No Medievo, somente os proprietários, fosse a Igreja, fossem os senhores feudais, eram quem detinham as reservas de exercício de poder. No Estado Liberal, somente ao cidadão-proprietário era admitido o direito de participação política.

Localiza-se, assim, na propriedade, enquanto relação mantida entre o homem e o objeto de domínio, inclusive a terra, uma margem de ampliação de sua subjetividade para além do indivíduo, quando este pode se expressar e promover realizações no contexto social. Seja na Grécia, seja no período Medieval, seja no Liberalismo, ainda que sob fundamentos e realidades absolutamente diversas, a propriedade garantiu ao proprietário a realização do indivíduo na sociedade em que se encontrava inserido, permitindo que no contexto do coletivo fosse possível a sua própria evolução, além da social.

Atente-se que o indivíduo, sem nenhuma apropriação, no momento presente e no contexto social em que a humanidade ocidental se encontra, não consegue ou tem fortemente dificultada a sua realização enquanto ser humano. Mais do que o significado de “ter” uma propriedade, esta deve ser encarada pela condição de “ser” que permite ao ser humano, no contexto social atual. O indivíduo que tem as condições básicas de sobrevivência, como comida, acesso à saúde e higiene, vestimenta e abrigo, consegue superar a sua condição de mera subsistência e manutenção da vida e permite-se alvejar outras realizações humanas com destino à consecução do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

É o que se pode extrair das lições de Fachin, quando ao tratar do patrimônio mínimo que deve ser garantido ao cidadão, no momento em que discorre entre as relações existentes entre patrimônio e atributos da personalidade esclarece: “[...] o patrimônio, definitivamente, não integra a personalidade. [...] o patrimônio deve servir à pessoa, e, portanto, as situações subjetivas patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa”.¹³⁰¹⁰¹ Vale trazer à luz o seguinte excerto, do mesmo autor:

¹⁰⁰ Cf. nota 12 deste Capítulo.

¹⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. p. 43.

A garantia de um patrimônio¹³¹¹⁰² mínimo conecta-se com a superação da compreensão formal dos sujeitos e funda o intento de realização das necessidades fundamentais. Há, pois, um mínimo a assegurar-se, sem que seja a menor parte de um todo; é uma construção de possibilidade que emerge sob a crítica dos paradigmas tradicionais e que encontra abrigo na defesa de um sistema jurídico aberto e plural, no Direito que se alimenta da vida e frutifica nas aspirações emancipatórias da dignidade humana.¹³²¹⁰³

Volta-se, aqui, ao conteúdo da liberdade, como forma de realização pessoal e expansão da individualidade, seja na sua expressão de intimidade, privacidade ou relacionamento social. O indivíduo não-coagido, que tem a sua esfera de liberdade resguardada, permite-se o envolvimento no cunho social, manifesta-se publicamente e acrescenta no desenvolvimento da sociedade, ao tempo em que publiciza e expõe as suas concepções de mundo.

Assim, é exatamente essa esfera de liberdade, que permite ao ser humano a sua realização pessoal, no cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser respeitada enquanto a propriedade lhe serve de instrumento.

Na prática, isso se traduz no cotidiano. Da mesma forma que o indivíduo que tem suas necessidades básicas satisfeitas através da apropriação individual de bens de consumo está apto a deixar a condição de mera sobrevivência e permite-se ampliar seus horizontes na busca de sua realização plena enquanto ser humano, com dignidade, há, igualmente na propriedade da terra, um princípio de liberdade que permite ao indivíduo opor-se às arbitrariedades do poder, à realização no coletivo dos anseios sociais presentes, ampliando, destarte, esse espectro de realização humana para além do básico e fundamental e para além do individual. Não se olvide que o indivíduo somente se realiza, enquanto ser humano, na sociedade, daí porque ele deve ter os meios para promover a realização social, preceito corolário, portanto, do princípio da solidariedade, esculpido na Constituição da República, que confere à propriedade privada da terra um caráter instrumental que propicia ao indivíduo a busca do social.

¹⁰²Segundo FACHIN, L. E., *op. cit.*, a “noção de patrimônio, embora sua definição não esteja pacificada, diz respeito a um conjunto de direitos, relações ou bens que sejam aferíveis em pecúnia, ou seja, tenham valor de troca”.

¹⁰³ FACHIN, L. E.. *Idem.* p. s/n.

Ora, não há negar que a propriedade da terra propicia ao indivíduo realizar-se no seio social. Seja com a produção de alimentos necessários e desejados pela população, seja na geração de empregos que pretendam a emancipação das classes menos privilegiadas, seja na promoção da proteção dos recursos naturais, propiciando condições de vida, com qualidade; enfim, na realização de todas as potencialidades que a terra propicia. O que importa é que o indivíduo tenha em mira, na consecução de seus objetivos individuais, quando se utiliza da propriedade, a promoção do social. A garantia da propriedade vale para o indivíduo que se realiza, enquanto ser humano, agenciando o social.

Essa é a esfera de subjetividade que o direito de propriedade garante. Sem estar estrangido em sua ação subjetiva, o indivíduo tem a liberdade de promover o social, influenciando individualmente o desenvolvimento da coletividade, através da possibilidade de manejo da propriedade, enquanto bem de produção ou enquanto sua caracterização material como condição de promoção ambiental.

Assim, é possível concluir que o direito de propriedade é garantido, enquanto possibilidade conferida ao titular do domínio de, por vontade própria e conforme melhor lhe parecer, promover a gestão da propriedade, atendendo ao desenvolvimento da sociedade, utilizando-se, necessariamente, para tanto, dos princípios de livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades, pleno emprego¹³³¹⁰⁴, ou ainda, dignidade da pessoa humana, cidadania, pluralismo político, solidariedade, desenvolvimento, erradicação da pobreza e da marginalização¹³⁴¹⁰⁵, dentre outros princípios localizados no texto constitucional.

Alerte-se que não se adentra ao mérito, neste trabalho, se esse preceito da sociedade capitalista promotora do desenvolvimento social, como o Estado Brasileiro se insere, é o modelo que propiciará a emancipação dos oprimidos e a igualdade real entre os seres humanos. Pretende-se, tão-somente, com as noções que se expôs nos parágrafos antecedentes, delimitar, no âmbito do sistema jurídico brasileiro posto, as razões que permitem a apropriação privada da terra e quais os limites do Estado, portanto, na invasão do direito subjetivo de propriedade.

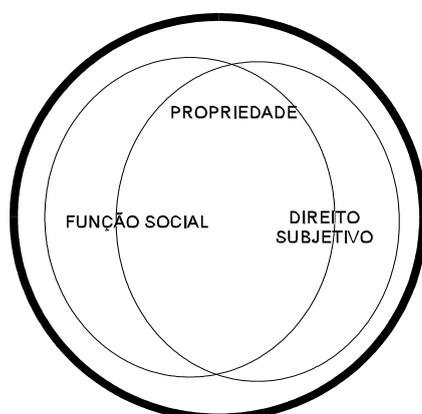
¹⁰⁴ Cf. artigo 170 da Constituição (1988).

¹⁰⁵ Cf. artigos 1º e 3º da Constituição (1988).

2.2.3. Direito Subjetivo de Propriedade x Função Social

Pelo quanto até aqui foi visto, da mesma forma que o Estado está legitimado a intervir na propriedade que não cumpra sua função social para, em última instância, fazê-la adequar-se, o mesmo Estado encontra como limite de intervenção essa porção de liberdade individual que permite ao cidadão proprietário, no limite de suas crenças particulares, promover o social. É nesse ponto que se permitirão embates entre desenvolvimento e promoção ambiental. Há uns proprietários interessará privilegiar o desenvolvimento através da produção, há outros, interessará a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais. O limite de ação e de limitação, essencialmente, não poderá ultrapassar, numa linha que vai de um ponto extremo a outro, a função social da propriedade de um lado e a subjetividade e o interesse individual na promoção do social, do outro. Em nenhum caso há espaço para a garantia de interesses meramente egoísticos, de qualquer sorte.

Não há dúvida que o sistema constitucional brasileiro, iluminando todo o sistema jurídico que lhe adjaz, mantém, sob seus auspícios, a ideologia de que há possibilidade para que convivam, no mesmo sistema, a propriedade privada em harmonia com a necessidade de realização de interesses públicos em sentido amplo. Assim, pelo menos no que toca ao sistema jurídico brasileiro atual, a propriedade é uma função social ao mesmo tempo em que é um direito subjetivo. Detém assim uma natureza jurídica híbrida, típica das sociedades complexas. Pairam, em torno da propriedade dois universos, duas ordens que se sobrepõe e se complementam, conforme se pode observar no seguinte esquema:



Conforme representado no esquema, embora a propriedade esteja constituída e configurada por duas naturezas jurídicas que ocorrem de forma simultânea, há um limite ao direito subjetivo que não pode ultrapassar a esfera da função social, da mesma forma que há um limite à função social que não pode ultrapassar a barreira do direito subjetivo, limites para além dos quais, as sanções são decorrências lógicas. Atente-se ao fato de que o esquema demonstrado atende a um preceito holístico no qual necessariamente a propriedade deve estar inserida, de modo a sustentar-se em equilíbrio dinâmico. A lição de Grau é elucidativa:

[...] A compatibilização entre direito subjetivo e função é desenvolvida a partir da análise da evolução da realidade jurídica, do liberalismo até os nossos dias. Desde esse ponto de vista, há a integração da função social aos modernos conceitos de propriedade, que se consuma na conciliação do individual e do social. [...] as modernas concepções de propriedade são aplicadas à preservação de uma situação de equilíbrio entre o individual e o social. [...] a evolução da propriedade em sentido social implica uma verdadeira metamorfose qualitativa do direito na sua realização concreta, destinada à satisfação de exigências de caráter social. A propriedade passa, então, a ser vista desde uma visão prospectiva comunitária, e não mais sob uma visão individualista. [...] Surgem verdadeiras propriedades-função social, e não simplesmente propriedades.¹³⁵¹⁰⁶

No pensamento transcrito no excerto acima, o autor entende haver uma conciliação entre individual e social. Assim, faz-se necessário ressaltar outro pensamento, de Grau, manifestado no seguinte fragmento:

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. p. 179 ss.

Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo, capitalistas e, como vimos, socialistas. A essa propriedade não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.¹³⁶¹⁰⁷

O que autor faz é separar no direito de propriedade como incompatíveis, o que chamou de função individual (ao que se denominou direito subjetivo no presente trabalho) da função social. Conforme visto, não há incompatibilidade presente, até porque o uso da propriedade para subsistência individual e familiar está contido na função social da propriedade, na medida em que atende ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, a idéia de que há uma função individual na propriedade, exclusiva, leva, via de conseqüência, a outra idéia, a de que a propriedade absoluta é limitada pela função social, o que somente se conceberia se fosse possível identificar que a função social da propriedade não está inserta no seu conteúdo.

Da mesma forma, não se pode de todo concordar com as conclusões de Figueiredo sobre o assunto, na medida em que não considera a necessidade desse equilíbrio dinâmico, em que direito subjetivo e função social não se excluem:

Houvesse a Carta de 1988 um maior rigor na defesa do interesse público, certamente seria consagrado o entendimento de que a propriedade é uma função social. [...] a desapropriação-sanção é medida por demais tímida para mitigar as graves conseqüências do desrespeito à função social da propriedade em sua dimensão ambiental. Entretanto, deve-se reconhecer que a inserção do princípio da propriedade privada no texto constitucional (o art. 5º, inc. XXII garante o direito de propriedade e o art. 170, inc. II dispõe que a ordem econômica observará o princípio da propriedade privada) justifica o direito à indenização mesmo a quem não cumpre a função social da propriedade urbana (art. 182, §4º, inc. III) ou da propriedade rural (art. 184, 'caput') [...] Por tais motivos, forçoso concluir que, no direito brasileiro, a propriedade, não sendo uma função social, tem esta como seu elemento indissociavelmente integrante.¹³⁷¹⁰⁸

Ora, o fato de a Constituição Brasileira garantir o direito (individual) de propriedade, conforme já visto, não significa que não reconhece a função social como elemento constitutivo da propriedade, compondo o seu "ser". As proposições

¹⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 214.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Op. cit.* p 85.

não se excluem. A propriedade, tal qual como conformada no sistema jurídico pátrio, é uma função social ao mesmo tempo em que é um direito subjetivo. Desta sorte, o não cumprimento da função social, impõe conseqüências que vão desde a desapropriação-sanção até a imposição de recomposição do cumprimento da função social. Da mesma forma que a invasão pelo Estado no direito subjetivo do proprietário, ainda que aplicando uma sanção, importa numa conseqüência, que é a indenização. Assim, não é simplesmente a garantia do direito de propriedade que impõe a indenização pela perda do direito, no caso de desapropriação. A indenização garantida diz respeito a esse conteúdo essencial mínimo de direito subjetivo que a Constituição garante e que o Estado não está autorizado a invadir.

Quanto ao acerto do texto constitucional sobre o assunto, criando essa garantia de indenização ao direito subjetivo afetado, mesmo que em razão do descumprimento da função social, vale a pena transcrever os seguintes trechos de Figueiredo e Marés:

Reportando-se à crítica feita por Eros Roberto Grau à contradição que existe no ordenamento constitucional brasileiro ao cominar o pagamento de uma indenização à propriedade que não cumpre a função social (e que, por esse motivo, não mereceria ser indenizada), o autor aponta que tal contradição decorre do 'comprometimento ideológico do próprio princípio da função social da propriedade com a manutenção da propriedade privada dos meios de produção'.¹⁰⁹

A desapropriação utilizada nos casos de descumprimento da função social, porém, alimenta dois enormes defeitos e injustiças: primeiro, remunera a mal usada propriedade, isto é, premia o descumprimento da lei, porque considera causador do dano e obrigado a indenizar, não o violador da norma, mas o Poder Público que resolve pôr fim à violação; segundo, deixa a iniciativa de coibir o mau uso ao Poder Público, garantindo a integridade do direito ao violador da lei.¹³⁹¹¹⁰

A crítica trazida pelos autores é real e muito bem colocada. Conforme já se anotou, o Estado, notadamente o brasileiro, tem se mostrado omissos no dever de obrigar o proprietário a restituir à propriedade sua função social e a indenizar pelo tempo do descumprimento e com isto cria essa espécie de distorção no sistema.

¹⁰⁹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Op. cit.* p.86.

¹¹⁰ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 109.

2.2.4.

Conteúdo econômico do direito de propriedade

A propriedade privada foi inserida no texto da Constituição Brasileira como princípio da ordem econômica.¹⁴⁰¹¹¹ Isso significa que a propriedade privada, tal qual garantida como direito fundamental no artigo 5º incisos XXII e XXIII¹⁴¹¹¹² da Constituição, figura como alicerce dos comandos normativos que conformam o processo econômico brasileiro, condicionando as atividades econômicas a determinados fins políticos, definidos no caput do artigo 170¹⁴²¹¹³ que são a existência digna e a justiça social.

Assim, certo é que mesmo enquanto princípio da ordem econômica, a propriedade privada está adstritamente vinculada à consecução da dignidade da pessoa humana, além de participar, no âmbito do princípio da justiça social, da distribuição igualitária de benefícios econômicos favorecendo a todos os habitantes do país, e isto se dá quando a propriedade cumpre sua função social.

Resta evidenciado, assim, que os preceitos econômicos estabelecidos pela Constituição, ao determinar uma ordem econômica, ou seja, um mandamento inserto sobre a economia do país, insere um componente social indubitável, retirando da atividade econômica qualquer exercício exclusivamente egoístico, o que vale igualmente para a propriedade, na medida em que esta figura como princípio daquela.

Contudo, não se pode olvidar que a garantia da propriedade privada, na ordem econômica, sustenta a idéia de que a economia brasileira funda-se no regime capitalista, conforme ensinamento de Grau: “o sistema capitalista é assim preservado, renovado sob diverso regime. O modo de produção, os esquemas de

¹¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

¹¹² BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º. Inc. XXII – “é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”.

¹¹³ Cf. nota 110 deste Capítulo.

repartição do produto e os mercados capitalista, no âmbito interno e no quadro internacional, são mantidos em sua integridade”.¹⁴³¹¹⁴

Destarte, não se pode negar que o capitalismo, enquanto sistema econômico, mantém em sua conceituação os bens de produção sob regime de domínio privado e baseia-se, conforme ensina Tavares “na liberdade ampla, principalmente de iniciativa e de concorrência e, conseqüentemente, na livre contratação de mão-de-obra”, além do fato de que o capitalismo “aponta para a chamada economia de mercado, na medida em que são as próprias condições deste mercado que determinam o funcionamento e equacionamento da economia”.¹⁴⁴¹¹⁵

Inserese, assim, na ordem econômica, preceitos que garantem a apropriação individual de bens e o lucro. A concepção dá-se pela geração de produção e consumo em prol do desenvolvimento econômico, garantindo recompensas materiais, que como última meta deveriam existir para atender a um equilíbrio social. Sem adentrarmos ao fato de que o capitalismo não alcançou tais metas sociais, conforme ensina Drucker para quem “o fracasso em estabelecer a igualdade por meio da liberdade econômica, apesar da recompensas materiais, minou a fé no capitalismo como sistema social”¹⁴⁵¹¹⁶, volta-se a idéia de que o Estado brasileiro é um Estado capitalista, baseado, portanto, em premissas ligadas à idéia de lucro e riqueza, inclusive individual.

É nesse contexto que a propriedade assume duas dimensões que não se excluem: uma relacionada a sua função social, na parcela em que deve conferir e participar de relações sociais mais justas e a outra relacionada ao direito individual e subjetivo, vinculada, inclusive ao modo de produção, que tem como pressuposto a obtenção de riqueza por parte do agente produtivo.

Assim, a propriedade é uma função social, mas também um direito subjetivo e inserido a esta idéia figura tanto a vontade do proprietário de, por seus próprios meios realizar a gestão da propriedade de modo a conformá-la a interesse sociais, mas também ao fato de que a concepção de lucro e riqueza estão inseridas no conteúdo deste direito subjetivo. Assim, não se pode negar que o lucro obtido com a terra, seja com a produção, seja com a própria terra, inserem-se na concepção do

¹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 31.

¹¹⁵ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. p. 34.

¹¹⁶ DRUCKER, Peter Ferdinand. *A sociedade*. p. 25.

direito de propriedade, não obstante as mazelas que este sistema tem gerado à própria sociedade que o sustenta.

Contudo, se a lógica do crescimento do capital está no crescimento ilimitado e na acumulação ilimitada da riqueza, não se pode perder de vista que o direito subjetivo conferido ao proprietário deve se conformar à função social da propriedade como marco essencial a garantir que a propriedade existirá enquanto proporcionar existência digna a todos (não somente ao proprietário) e se adaptar aos preceitos da justiça social.

Assim, a riqueza e o lucro são permitidos e legitimados pelo sistema jurídico brasileiro no contexto do direito subjetivo que, contudo, deve ser exercido no escopo daquela concepção de que a vontade do sujeito, na gestão do território sob seu domínio, deve aliar-se à consecução de objetivos sociais. Daí a conclusão de que a riqueza e o lucro perseguidos com a terra somente são legitimados quando a propriedade cumpre sua função social, inserindo-se, de qualquer forma, no conteúdo do direito subjetivo do proprietário.

Dessa forma, quando há invasão do Estado na propriedade por qualquer meio, antes de se perquirir os prejuízos havidos pelo proprietário há que se verificar se a propriedade cumpre sua função social e mais, se tais prejuízos estavam contidos no uso do direito subjetivo de propriedade permitido, ou seja, aquele realizado para o efeito de garantir a liberdade individual na escolha dos objetivos sociais que o proprietário pretender empreender.

2.2.5 Abuso do direito de propriedade

Retornando ao ponto das vertentes em que a função social opera, seja impedindo o uso indiscriminado de determinados atributos por parte do proprietário, seja condicionando o exercício de determinados atributos ou ainda obrigando o proprietário à adoção de determinadas ações, é possível concluir que, em qualquer dos casos, a violação de direito por parte do proprietário, significa dizer que este passa a agir com abuso de direito e nessa condição, não lhe resta qualquer

legitimidade para a ação. É o que Rodotà irá chamar de “falta superveniente de legitimação para a titularidade ou para o exercício do direito de propriedade”.¹⁴⁶¹¹⁷

Assim, qualquer atividade que transgrida os ditames da função social está subtraída do direito do proprietário, e quando este age, para aquém da função social, realiza verdadeira apropriação indébita. Subtrai algo que não é seu. A propriedade que não cumpre a função social é, neste sentido, um roubo, como queria Proudhon.¹⁴⁷¹¹⁸ Destaque-se, não é a propriedade, em si, um roubo, pelo menos não para o sistema jurídico (brasileiro) atual. Caracteriza-se como roubo somente aquela propriedade cujo exercício do direito é feito sem o cumprimento da função social.

Desta forma, um proprietário que mantém um latifúndio improdutivo age, tirando da sociedade direito que lhe é inerente, traduzido no dever imposto ao proprietário de dar o destino social à terra. A coletividade perde com a terra improdutiva. Algo lhe é tirado. É o mesmo que dizer que esta propriedade, no caso concreto, é um roubo. Caracterizado o abuso por parte do proprietário, fácil é concluir que o mesmo não possui legitimação para a titularidade desta propriedade. Se não é legítima a titularidade que o proprietário vem exercendo, resta-lhe, por consequência constitucional, ter declarada a perda dessa titularidade.¹⁴⁸¹¹⁹

De outra sorte, tratando-se de uso abusivo de direito, o descumprimento da função social, caracteriza-se pela sua ilicitude. Dentro da teoria do ato ilícito, este pode ser conceituado como “todo aquele que não encontra guarida em dado ordenamento jurídico, por frustrar um dever ou um valor nele fundados. E assim, o ato abusivo é indubitavelmente ilícito”.¹²⁰ Desta forma, se o descumprimento da função social enquadra-se perfeitamente no conceito de ato ilícito, tem-se que se está a tratar de conduta proibida, para a qual a Constituição da República prevê sanções específicas inclusive a perda da propriedade ou, mais propriamente,

¹¹⁷ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 239.

¹¹⁸ PROUDHON, Pierre Joseph. *Op. cit.*

¹¹⁹ Nota da autora: A Constituição da República Brasileira prevê, em seu artigo 184, que o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, possa ser desapropriado para fins de reforma agrária. O §4º do artigo 182 da Constituição da República prevê como sanção, a desapropriação, do imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado.

¹²⁰ FERREIRA JORDÃO, Eduardo. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*. p.100.

somente a perda da propriedade.¹²¹ É dizer mais, a propriedade que não cumpre sua função social destitui o proprietário da legitimidade do exercício do direito de propriedade que incide sobre ela. Marés vai mais longe quando situa essa questão afirmando que “É tão insistente a Constituição que se pode dizer, fazendo eco ao Professor colombiano Guillermo Benavides Melo, que no Brasil pós 1988 a propriedade que não cumpre sua função social não está protegida, ou, simplesmente, propriedade não é.”¹⁵¹¹²²

Sobre a teoria do abuso de direito, verifica-se, conforme ensinamento de Pereira, datado de 1950, que o direito italiano, no que toca à temática ambiental, já aceita esse entendimento de longa data:

Neste particular, devemos ter bem presente a lição do Direito Italiano. Como vimos, ao examinar a legislação daquele país, as limitações impostas pelo *vínculo florestal*, ônus que proíbe o uso ilimitado da floresta, se este recair sobre vegetações indispensáveis a fins hidrogeológicos, a lei não considera restrição ao direito de propriedade, suscetível de ser reparada. Entende que, assim dispendo, não está proibindo o *uso*, mas o *abuso* do direito.¹⁵²¹²³

Apesar disso, vislumbra-se a existência de um fenômeno social que ainda coloca em cheque um direito tradicional e a realidade social presente no Brasil, permitindo os abusos de direito. Isso decorre certamente do fato de que as mudanças sociais concebidas em sua expressão teórica, que passa a ser contida ou extraída dos textos normativos, não acompanham, necessariamente, a concepção da sociedade ao mesmo tempo. Veja-se a lição de Figueiredo:

Não é necessário insistir na demonstração de que o direito, que supõe um elemento estático, supõe igualmente um elemento dinâmico, como fenômeno mutável e evolutivo que é. [...] Esse fator da evolução do direito é que contém o verdadeiro fundamento e a verdadeira chave do fenômeno e do conceito do abuso do direito. Mesmo depois de cristalizado na norma legal, o direito não cessa de evoluir. [...] Vem daí que uma faculdade contida num direito determinado pode entrar em conflito com as novas condições sociais, pela circunstância de tornar-se o direito reconhecido ao titular apto a novas realizações, a novas aplicações práticas imprevistas e imprevisíveis. Desde então, o dever imposto aos outros membros da coletividade de suportar os efeitos danosos de seu exercício parece

¹²¹ Cf. nota 118 deste Capítulo.

¹²² MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 116.

¹²³ PEREIRA, Osny Duarte. *Direito Florestal Brasileiro*. p. 173.

agravar-se a ponto de tornar-se intolerável. [...] O problema do abuso do direito resolve-se, pois, num conflito entre direito e a evolução jurídica.¹⁵³¹²⁴

De sua vez, o poder judiciário também não se encontra amadurecido no tratamento da questão. Não são incomuns decisões judiciais que colocam a função socioambiental da propriedade como limite externo ao direito, de modo a representar os instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade como sacrifício de direitos ou o que é ainda mais grave, garantindo o direito absoluto de propriedade.

O não-reconhecimento social, jurídico e político do princípio da função social têm provocado conseqüências funestas, conforme critica Marés ao referir-se ao Estatuto da Terra e sua aplicação no Brasil:

A Lei é de 1964, depois dela sobrevieram 20 anos de ditadura militar e mais quase outro tanto de governos neoliberais, que fizeram com que a reforma agrária, pensada como alteração da ordem fundiária, sempre contasse com a má vontade dos Governos e a fantástica pressão contrária do sistema.¹⁵⁴¹²⁵

[...]

A Lei de 1964 estabelece como única conseqüência do não cumprimento da função social a possibilidade do Estado desapropriar a terra. [...] Portanto, apesar da novidade do conceito de função social da propriedade introduzido no nunca aplicado Estatuto da Terra, a situação não ficou tão diferente dos séculos anteriores: a propriedade continuou absoluta. A desapropriação é a velha medida do liberalismo: mantém a integridade do patrimônio individual.¹⁵⁵¹²⁶

Fato é que o Estado, seja através do poder executivo ou do judiciário, está legitimado a controlar a anti-socialidade de atividades realizadas sob o argumento do exercício do direito de propriedade que se choque com o interesse da coletividade. Mais do que simples legitimação, o Estado tem o dever de controlar tais situações, na medida em que ele figura como titular de um interesse público primário e defende interesses da coletividade. Acerca do assunto, vale trazer à luz mais uma vez o pensamento de Marés:

Aliás, recentemente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão inédita manteve uma negativa de liminar de reintegração de posse porque a

¹²⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Op. cit.*, p. 87.

¹²⁵ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.*, p. 114.

¹²⁶ MARÉS, C. F. *Idem.* p. 113.

fazenda não cumpria sua função social. [...] Essas decisões, cujo fato é recorrente, têm sido raras nos Tribunais brasileiros, por enquanto.¹⁵⁶¹²⁷

O papel do poder judiciário passa a ser fundamental nas questões controversas sobre a propriedade e a função social. Os conflitos submetidos à apreciação judicial, colocando em pauta a função social ou ambiental da propriedade de um lado e o direito subjetivo à propriedade do outro, devem mapear exatamente a situação do caso concreto para determinar se o fato litigioso envolve o conteúdo do direito de propriedade, manifestado através da função social, ou se houve, de fato, invasão ao conteúdo essencial mínimo da propriedade sob o aspecto subjetivo, limitando a liberdade do sujeito proprietário na condução dos instrumentos a favor de função social que este poderia manejar.

Visto dessa maneira, certamente será possível construir relações sociais mais justas quando o tema é a propriedade, considerando que a terra, alvo do direito de propriedade, deve ser considerada pela multiplicidade de funções sobre a qual a humanidade construiu seu passado, realiza seu presente e conta para o seu futuro. No exercício do direito de propriedade ou de qualquer direito, não se pode e não se deve desconsiderar nenhuma forma que provoque a eliminação dos direitos das gerações futuras.

2.2.6. Direito de propriedade e meio ambiente

De tudo quanto foi consignado, remanesce fácil a compreensão de que o texto constitucional não coloca institutos como a propriedade e a proteção ambiental em rota de colisão. Convivem, ambos, harmonicamente, no sistema jurídico, na medida em que os instrumentos instituídos por lei, que incidem sobre a propriedade para conformá-la à necessidade de preservação ambiental, decorrem do princípio da função social, o que se traduz na denominada função ambiental da propriedade.

Contudo e apesar disso, é fácil perceber no contexto social, na práxis cotidiana, que o princípio da função social da propriedade não foi apreendido pela coletividade, especialmente na soma dos indivíduos proprietários, em sua integral acepção, o que vem propiciando conflitos infundáveis entre proprietários, de um lado,

¹²⁷ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.*, p. 110.

as movimentações ambientalistas (Estado e o terceiro setor), do outro, quando da necessidade de implementação dos instrumentos de promoção ambiental que incidem sobre a propriedade.

Fato é que é na terra que coexistem todos os elementos naturais que dão sustentação ao planeta e é em relação à terra, portanto, que se deve buscar realizar o ordenamento do território, do uso e exploração dos recursos naturais com vistas ao alcance da tão esperada qualidade de vida.

Ademais, é sobre a terra que o direito de propriedade incide. Assim, o exercício do direito de propriedade que não se coaduna com a valorização dos bens ambientais é um exercício que põe em cheque dois valores da sociedade brasileira, garantidos na Constituição da República: a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações e a propriedade privada da terra. Por profícuo à ilustração do quanto ora se expõe, traz-se à luz o pensamento de Pereira:

Seria verdadeira insânia, pelo respeito ao princípio da intangibilidade dos direitos privados, reconhecer-se ao seu proprietário a prerrogativa soberana de devastar os imóveis de sua propriedade. A efêmera prosperidade que ele tiraria com a extração desordenada das madeiras seria alguns anos depois desfeita pelos males coletivos que a destruição da capa vegetal acarreta a todos, inclusive ao autor e à sua descendência. Que adiantaria serrar, serrar, serrar, sem limites as madeiras encontradas no solo, queimar os remanescentes, fazer cinco ou dez colheitas, escavar as encostas, acumular alguns milhões, se, ao fim da tarefa, a desolação, a aridez, a inclemência do clima, o êxodo, o abandono de todas as riquezas acumuladas, serão a retribuição fatal que essa “liberdade” reserva aos que desrespeitam a Natureza?¹⁵⁷¹²⁸

Conforme já se pode anotar, não há conflitos de princípios entre apropriação privada e proteção do meio ambiente, com o que concorda Figueiredo ao discorrer que “o princípio constitucional da função social da propriedade não conduz a nenhuma antinomia em face do direito de propriedade pois, embora sua aplicação possa envolver eventuais conflitos entre interesse público e individual, a função social integra a estrutura desse direito”.¹⁵⁸¹²⁹

Para esse entendimento faz-se fundamental a compreensão de que não remanesce, no sistema jurídico pátrio, nenhuma forma egoística de uso da propriedade. Não se trata, quando se está a tratar da matéria ambiental, de conferir

¹²⁸ PEREIRA, Osny Duarte. *Op. Cit.*, p. 171.

¹²⁹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Op. cit.* p. 113.

prevalência ao interesse coletivo em detrimento do individual, na medida em que a única subjetividade ainda possível é aquela dirigida ao alcance de metas sociais e coletivas no exercício do direito de propriedade. Vale transcrever excerto de Leite e Ayala:

Segundo Ost, a partir da superação do entendimento da propriedade absoluta, podem-se conduzir as noções de lucro e abuso de domínio a um novo modelo, a uma propriedade usufruto, destinada a gerar benefícios econômicos, sociais e ambientais, em termos duradouros e em longo prazo, tendo em vista as gerações futuras. Este novo modelo conduzirá o proprietário e usufrutuário a desempenhar a relevante função de guardião da natureza.¹⁵⁹¹³⁰

Assim, não se perquire, no caso concreto, qual deve sucumbir, se o direito de propriedade ou se a proteção ambiental. A pergunta é outra: o direito de propriedade, conforme esteja sendo exercido ou se pretende exercer, atende à proteção do meio ambiente, ao desenvolvimento, à produção, etc., enfim, à garantia de relações sociais mais justas, tudo simultaneamente?

É essa simultaneidade de funções que a propriedade cumpre que deve ser garantida. Por isso, nem tudo pode ser proteção do meio ambiente e nem tudo pode ser desenvolvimento e economia. Mais uma vez, avoca-se o equilíbrio dinâmico que deve ser mantido quanto o tema é propriedade. Importante a lição de Marés:

Uma terra privada que não está em uso, certamente não está cumprindo sua função social, porque toda terra privada é destinada ao uso. O fato de estar em uso, porém, não significa que está cumprindo sua função. [...] E isto é claro, porque embora destinada ao uso, a terra cumpre uma função de manter a vida e isto significa cuidado com o meio ambiente e com as pessoas que nela trabalham e vivem, com os rios, florestas e animais. Acabou-se de dizer que a terra deve ser usada, mas não se deve esquecer que o uso não pode ser no sentido de esgotar a possibilidade de renovar a vida, de transformá-la a ponto de esterilizá-la, isto é, o uso está condicionado à manutenção da biodiversidade.¹⁶⁰¹³¹

¹³⁰ LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco* p. 28.

¹³¹MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 125.

Daí porque resta ainda um problema a ser dirimido, consignado na seguinte questão: o sistema jurídico brasileiro admite um destino exclusivamente ambiental à propriedade privada?

A resposta é mais complexa do que pode, a princípio, parecer. Se a questão pudesse ser analisada de um ponto de vista exclusivamente ambiental, pareceria correto afirmar que a temática é tão crítica e a proteção dos bens ambientais tão premente que dúvidas não restariam. Uma propriedade destinada exclusivamente à proteção do meio ambiente cumpriria, fundamentalmente, seu papel.

Contudo, num país como o Brasil, marcado por desigualdades sociais profundas, onde a miséria de faz presente em grande parcela da população, o desenvolvimento social é meta inarredável. Não se olvide que o modelo de desenvolvimento da sociedade brasileira dá-se, fundamentalmente, baseado no uso e exploração dos recursos naturais, donde a nação retira suas riquezas. Seja a agricultura, pesca, mineração, turismo, indústrias em geral, produção de energia, enfim, quase tudo tem sua base constituída sobre os recursos naturais.

Assim, colocando sob enfoque, porque paradigmáticos, meio ambiente e desenvolvimento, dois lados da mesma moeda, na sociedade brasileira não se pode dizer qual dos dois seria possível identificar como prevalente perante os interesses da coletividade. Daí que num concreto conflito entre esses dois princípios, seria difícil extrair o verdadeiro interesse que deveria ser privilegiado.

A saída é marcada, destarte, pelo princípio do desenvolvimento sustentável, que propugna pelo desenvolvimento que seja realizado sem comprometimento dos bens ambientais e, principalmente, das reservas que se devam constituir para as futuras gerações, como valor a ser incorporado pela sociedade. Sobre o desenvolvimento sustentável as lições de Rosatti são marcantes:

Desenvolvimento sustentável deveria ser entendido não somente como progresso econômico ou crescimento sustentado; também deveria ser interpretado como o desdobramento intergeracional de nosso ideário, permanentemente enriquecido. Porque não é um resultado contábil o que expressa a sustentabilidade, com prevalência de quais sejam os fatores que integram o inventário, senão que são os valores que se assimilam e transmitem no tempo e que asseguram a permanência do que deve ser mantido.¹⁶¹¹³²

¹³² ROSATTI, Horacio D. *Derecho Ambiental Constitucional*. p. 82. Livre tradução.

Deste modo, retornando à pergunta inicial, voltada a responder se o sistema jurídico nacional admite uma propriedade privada voltada exclusivamente a proteção do meio ambiente, não se faz possível uma resposta unívoca ou evidente.

Assim, se se considerar, no que toca à propriedade rural, por exemplo, o disposto no artigo 186 da Constituição da República¹⁶²¹³³ somado ao que dispõe o artigo 5º, incisos XXII e XXIII¹⁶³¹³⁴ tem-se que há garantia ao direito de propriedade, sendo que essa propriedade deve atender sua função social; para o atendimento da função social da propriedade rural, o proprietário rural deve atender, simultaneamente, quatro requisitos, quais sejam: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, relações de trabalho legítimas e o bem-estar dos proprietários e trabalhadores. Assim, uma propriedade, individualmente considerada, que se voltasse à preservação na íntegra do meio ambiente, estaria fadada ao não-cumprimento da função social, na medida em que lhe faltaria, pelo menos, o atendimento do primeiro requisito, qual seja, o do aproveitamento racional e adequado.

Acaso a situação ambiental brasileira fosse confortável e houvessem florestas em quantidade suficiente à preservação do meio ambiente e não houvesse, de igual sorte, nenhuma perspectiva de escassez de recursos naturais a médio e longo prazo, certamente, a conclusão extraída no parágrafo anterior seria a única possível. Num país com profundas desigualdades sociais e marcado por larga disponibilidade de recursos naturais, não caberia manter a propriedade sob regime de preservação ambiental exclusivamente.

Atente-se que era esse o quadro refletido do início até meados do Século XX. A variável ambiental simplesmente não entrava na conta da função social.

¹³³ BRASIL, Constituição (1988). 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”.

¹³⁴ BRASIL, Constituição (1988). Art. 5º, inc. XXII – “é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá sua função social”;

Contudo, o Brasil hoje conta com franca escassez de recursos naturais e com grandes perdas de biodiversidade. Há largas extensões de terra empobrecidas no que toca aos bens ambientais. Neste caso, é forçoso concluir que a proteção integral do meio ambiente pode inserir-se no conceito de aproveitamento racional e adequado. Para tanto, a propriedade não deve ser considerada em si mesma, mas em relação às demais propriedades de entorno, que não demonstram o cumprimento da variável ambiental no exercício do direito de propriedade.

Isso não exclui, por certo, a obrigação de que as propriedades que não cumprem a sua função ambiental passem a fazê-lo, mas determina, por absolutamente necessário ao não comprometimento da qualidade de vida, ao reconhecimento de que as propriedades que preservam o meio ambiente, inseridas num conjunto desértico de biodiversidade, possam sim ser destinadas à proteção integral do meio ambiente, o que deve ser interpretado como uso adequado e racional, como, muitas vezes, o único possível. Entretanto, há um requisito que se impõe que é a destinação exclusivamente ambiental deve se dar de forma inequívoca, seja através da instituição de uma unidade de conservação privada ou ainda da utilização de instrumentos legais tais como a compensação da reserva legal ou servidão florestal.¹⁶⁴¹³⁵ Mais uma vez oportuna a lição de Marés:

Por isso, até pouco tempo atrás, uma gleba inculta, entregue à vida selvagem, poderia ser considerada de uso nocivo, hoje não, porque a proteção do meio ambiente passou a ser princípio jurídico para a conservação do Planeta e está consagrado na Constituição de 1988. [...] Quando o Poder Público, por meio de lei considera que uma sorte de terra deve permanecer inculta, sem uso, ou com uso adequado para a manutenção da biodiversidade, cria o que chama de espaços ambientais protegidos ou unidades de conservação, e o tem feito com bastante regularidade; estes espaços, mesmo privados, têm uso restrito. Isto quer dizer que uma gleba inculta é aceitável e até desejável para o sistema jurídico. O que o sistema considera anti-social e ilegal é a manutenção de uma gleba privada inculta para servir de reserva de valor ou terra de especulação.¹⁶⁵¹³⁶

Acrescente-se que o § 1º, inciso III, do artigo 225 da Constituição Federal¹⁶⁶¹³⁷ reza que incumbe ao poder público definir áreas específicas a serem

¹³⁵ Nota da autora: esses instrumentos estão estabelecidos na Lei 4771 de 1965.

¹³⁶ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 125.

¹³⁷ BRASIL, Constituição (1988). Artigo 225, §1º. “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: [...] III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a

objeto de proteção especial, como instrumento fundamental à consecução do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Mais do que autoriza, determina o texto constitucional, a reserva de espaços territoriais que permitam, em última análise, o estabelecimento de amostras de ecossistemas que possam, assim, perpetuar-se no decurso do tempo.

Tais amostras e espaços territoriais, de sua vez, podem estender-se sobre propriedades públicas ou privadas, cujos regulamentos poderão ser encontrados em dispositivos infraconstitucionais específicos.

O assunto será tratado com maior aprofundamento do capítulo subsequente, porém, vale trazer à luz, a título de exemplificação, o instituto das Reservas Particulares do Patrimônio Natural, também conhecidas como RPPNs¹⁶⁷¹³⁸, que são áreas exclusivamente privadas, destinadas fundamentalmente à proteção do patrimônio ambiental. Marés mais uma vez:

[...] quando um proprietário deseja manter sua terra inculta para proteger o ambiente, pode fazê-lo, desde que proponha a criação de uma Reserva Particular do Patrimônio Natural, [...]. Quer dizer, uma terra não usada pode se transformar em espaço útil à sociedade, desde que seja garantido o seu não uso permanente¹⁶⁸¹³⁹.

Verifica-se, assim, não haver incompatibilidade com o sistema jurídico vigente, a manutenção de propriedades privadas destinadas exclusivamente à proteção do meio ambiente, desde que o proprietário assim o faça de forma inequívoca.

alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;”.

¹³⁸ BRASIL. Lei 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 21 – “A Reserva Particular do Patrimônio Natural é uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica”.

¹³⁹ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 126.

3

INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO AMBIENTAL E SUA CARACTERIZAÇÃO PERANTE O DIREITO DE PROPRIEDADE

3.1

Instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade: contextualização

Ao que se denominam instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade quer-se designar todos os institutos jurídicos e instrumentos de política ambiental vinculados à gestão do território, de modo a funcionar como meio a promover um ambiente ecologicamente equilibrado.

No aparelhamento necessário à consecução de objetivos de preservação ambiental, a gestão territorial afigura-se como de fundamental importância. Isto porque os bens ambientais necessários à proteção do meio ambiente encontram-se distribuídos sobre uma base geográfica, compondo a paisagem. Florestas, fauna, água, solos, subsolos, em suma, os chamados bens ambientais se inter-relacionam, tendo como base fundamental o território.

Figurando a gestão territorial como essencial para a proteção ambiental e estando tal gestão sob a égide do Estado, torna-se indissociável a idéia de que tal gestão deva ser regulada por lei, visando à compatibilização dos diversos usos possíveis sobre a terra e seus componentes. Nesse aspecto, destaca-se do corpo legislativo o tratamento dado ao tema pela Constituição da República e pela Lei de Política Nacional de Meio Ambiente para introduzir o assunto.

A Constituição da República¹⁶⁹¹ prevê como obrigação do Poder Público definir espaços territoriais especialmente protegidos vedando qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Santilli esclarece o conteúdo constitucional destes espaços:

¹ BRASIL, Constituição (1988). Art. 225 §1º. 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”.

O conceito constitucional de espaços territoriais protegidos engloba não apenas as unidades de conservação, como também as áreas de preservação permanente, reserva legal, biomas constitucionalmente protegidos (a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, previsto no art. 225 §4º da Constituição), as cavernas, os sítios arqueológicos, os bens culturais tombados, os hortos florestais, jardins botânicos e as reservas de biosfera.¹⁷⁰²

De sua vez, a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente¹⁷¹³ prevê como seu instrumento, a criação, pelo Poder Público, de espaços territoriais especialmente protegidos.

Os chamados espaços territoriais especialmente protegidos, a que a Constituição da República se refere, são, segundo as lições de Leuzinger:

[...] qualquer área, pública ou privada, sujeita a regime especial de proteção, ou seja, sobre a qual incidam limitações objetivando a proteção, integral ou parcial, de seus atributos naturais, constitui um espaço territorial especialmente protegido, que poderá ser criado por lei ou por ato administrativo, mas somente por lei formal poderá ser extinto ou modificado.

Esses espaços ambientais, por sua vez, dividem-se em espaços de proteção específica e unidades de conservação (UCs). Os primeiros constituem-se pelos biomas constitucionalmente protegidos (art. 225, §4º, CF), áreas de reserva legal e de preservação permanente, espaços tombados, jardins botânicos e zoológicos, hortos florestais, reservas da biosfera, zonas de amortecimento e corredores ecológicos.¹⁷²⁴

Destarte é possível concluir que a instituição de áreas protegidas afigura-se como instrumento geopolítico de controle do território que contribuem significativamente para a formação do espaço territorial em que, de forma especial, orienta-se a ocupação e uso de determinada área.

A existência de espaços territoriais protegidos, ao tempo em que reflete a preocupação da sociedade com os usos inapropriados dos recursos naturais e as conseqüências adversas que isso causa ao ambiente, significa uma garantia de que pelo menos algumas amostras significativas do patrimônio natural estarão mais bem protegidas quanto às ameaças de descaracterização que sofrem.

² SANTILLI, Juliana. *O Sistema Nacional de Unidades de Conservação: Uma visão socioambiental*. p. 136.

³ BRASIL, Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981. Art. 9º. "São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...]VI - a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas;"

⁴ LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Zonas de Amortecimento e zonas de transição em unidades de conservação*. p.2241-2242.

A reserva desses espaços, que ganham um regime de uso especial como instrumento de uma política nacional, não se pode olvidar, está historicamente permeada de conflitos e dificuldades, problemas de difícil solução, dentre os quais aponta-se um dos principais que é a disputa territorial que se dá, em geral, em função dos laços culturais e históricos que decorrem da ocupação usual das terras, fundadas ainda num direito de propriedade individualista, notadamente nas comunidades não caracterizadas como tradicionais. De um lado, proprietários que se atribuem o amplo direito de usar e gozar da terra a seu livre arbítrio, de outro lado, a necessidade de reserva de espaços territoriais que guardem amostras significativas do patrimônio natural.

Esses conflitos de uso das terras, em razão do modelo de ocupação territorial que foi adotado pelo Brasil, dão-se em estreita ligação com a propriedade e as concepções individualistas com que tal direito foi concebido.

Nesse passo, vale trazer à tona o fato de que o início da ocupação territorial brasileira, após a chegada dos Portugueses, estabeleceu-se, na medida em que a legislação portuguesa foi aplicada em território nacional, com base no regime das sesmarias que tinham como de suas principais características conferirem o domínio das terras a quem, recebendo-as, efetuassem seu efetivo uso. Destaque-se que tal uso era determinado a título de obrigação de cultivo e aproveitamento como condição de posse.

Rau leciona que “a obrigatoriedade de cultivo [...] destaca-se imutável e isso a tudo resistiu como um símbolo de que a terra nada vale sem o trabalho humano que a fecunda”¹⁷³⁵, atestando que a obrigatoriedade de cultivo era arraigada à concepção sesmarial e perpetuou-se ao longo do tempo.

Assim, o início da colonização brasileira em que foi utilizado o regime sesmarial está imbuído da idéia de que as terras incultas eram um mal a ser extirpado, donde as matas e as florestas não possuem valor algum em si mesmas.

Essa concepção utilitarista da terra que se imiscuiu no conceito de propriedade, com o decorrer do tempo e a tomada de consciência ambiental, veio a colocar esse conceito em rota de colisão com os ideais conservacionistas,

⁵ RAU, Virginia. *Sesmarias Medievais Portuguesas*. p. 76.

notadamente quando se verifica que a proteção do meio ambiente deve ser realizada, também, através da gestão territorial. Ora, se a terra existe e somente tem valor se cultivada pelo homem a quem não é admitido deixá-la inculta, a reserva de espaços intocados ou de uso limitado fere esta doutrina.

Nesse passo, a definição de espaços territoriais especialmente protegidos, nitidamente, rompe com as concepções clássicas de uso da terra e de sua apropriação egoística e, desta feita, inserem-se num contexto jurídico e social que precisa ser harmonizado.

Aliada à problemática do uso tradicional conferido aos espaços geopolíticos, adiciona-se como marco teórico inarredável as concepções individualistas com que o direito de propriedade foi concebido, conforme visto no Capítulo 2, e está formado o cenário com que o Estado, como ente obrigado à gestão territorial através de espaços protegidos, se vê desafiado a contornar.

3.2

Significado da expressão Instrumentos de Promoção Ambiental

Os Instrumentos de Promoção Ambiental incidentes sobre a propriedade, como meio de se realizar a gestão do território, foram assim denominados, neste trabalho, com a intenção de que se promova uma reflexão diferenciada em relação ao tratamento jurídico que devem receber.

A razão é clara: em geral, toda vez que se pretende tratar de alguns dos instrumentos de gestão diferenciada do território, especialmente os incidentes sobre a propriedade privada, utiliza-se da expressão “limitação” ao uso da propriedade ou “limitação” administrativa.¹⁷⁴⁶

Quer-se defender que esta proposição não é a mais adequada na medida em que não só semanticamente, mas conceitualmente, utilizar-se da idéia de “limitação” significa dizer que algo está sendo restringido, diminuído, quando isso não é

⁶ “As florestas de preservação permanente do art. 2º. do Código Florestal, instituídas pelo próprio Código, tais são as suas características de generalidade, atingindo propriedades indeterminadas, devem ser incluídas como limitações administrativas” in Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. p. 693.

necessariamente verdadeiro. Acerca do assunto traz-se à luz a ressalva formulada por Arruda Alvim quando estabelece crítica à utilização da expressão limitação: “Limitações a quê? Em relação à feição que o instituto tinha há um século?”¹⁷⁵⁷ Marés também referencia o assunto quando assim esclarece: “desta forma, apesar da semelhança com a limitação administrativa e mesmo com a servidão, a proteção dos bens socioambientais com elas não se confunde”.¹⁷⁶⁸

Ademais, mais importante do que os efeitos que possam gerar sobre o uso que se empreende sobre a propriedade particular, é considerar que toda vez que um espaço territorial é definido em favor da conservação da natureza ele se constitui em verdadeiro instrumento a promover a qualidade de vida e do meio ambiente, daí o destaque para a aceção positiva desses instrumentos.

Ressalte-se que há diversas modalidades de instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, com diferenças entre si, de modo que o tratamento jurídico conferido a eles deve considerar tais diferenças. Significa dizer que nem sempre que a lei determina a instituição de um espaço territorial protegido, ela está diminuindo o direito de propriedade ou o uso que se possa dela fazer. Isto porque a gestão ambiental feita sobre o território está inserida na concepção de função social da propriedade, logo, não há que se falar em limitação, mas em cumprimento da função social. Figueiredo e Leuzinger apontam:

A função social da propriedade, consubstanciada no dever de que a propriedade atenda não apenas aos interesses do proprietário, mas também sirva de instrumento para alcançar o bem-estar da coletividade, opera-se internamente no direito de propriedade, como um de seus elementos constitutivos, sem o qual não será plenamente garantida, não se confundindo, portanto, com meras limitações administrativas ao exercício desse direito, decorrentes do exercício do poder de polícia.¹⁷⁷⁹

Marés esclarece com ainda mais exatidão:

A declaração de valor cultural ou natural de um bem pode restringir ou modificar a possibilidade de uso da terra, impondo subutilização ou não utilização de parte do

⁷ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Breves anotações para um teoria geral dos direitos reais*. p. 21.

⁸ MARÉS, Carlos Frederico. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. p. 27.

⁹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. & LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Desapropriações Ambientais na Lei 9.985/2000*. p. 471.

imóvel. A imposição de preservação de determinada espécie animal, por exemplo, pode limitar ou impedir a plantação de essências exóticas que lhes causa danos. Manter cobertura nativa, ainda que em exploração, pode ser menos adequado em termo econômicos, do que o recomendável para a região, mas, se a proteção do ambiente, ecologicamente equilibrado, impuser a sua manutenção, esta será sua função social.¹⁷⁸¹⁰

Deste modo, alterando-se a nomenclatura, visa-se a carrear aos instrumentos de promoção ambiental toda a carga axiológica que isso possa significar. Passa-se a concebê-los e nomeá-los como constitucionalmente foram configurados, isto é, como instrumentos de gestão territorial que embora instituídos pelo poder público por força de lei ou ato administrativo, todos estão obrigados, devendo para tanto ser compatibilizada a existência deles com o direito de propriedade e uso desta, o que nem sempre importará em restrição ou limitação de direito. Não porque qualquer uso seja permitido, mas porque o não uso ou o uso adequado é o único garantido pelo direito de propriedade.

Repetindo, a expressão “instrumentos de promoção ambiental” faz suscitar uma idéia positiva sobre estes, no sentido de que foram postos para garantir ou elevar a qualidade do meio ambiente, afastando-se a idéia de limitação da propriedade com todos os ônus disso decorrentes, em especial, as pretensões indenizatórias conforme poder-se-á verificar no Capítulo 4.

3.3

Modalidades de espaços territoriais especialmente protegidos

Constituindo-se em instrumentos de controle do território, todos os instrumentos de promoção ambiental estão previstos em legislação constitucional ou infraconstitucional, como se poderá observar.

A abordagem que se pretende fazer segue no intuito de destacá-los do bojo dos atos normativos que os instituem, com vistas a caracterizar a sua função como instrumento de promoção ambiental bem como traçar os contornos jurídicos,

¹⁰ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 29.

situando-os especialmente no que toca ao seu comportamento perante o direito de propriedade, sem, contudo, a pretensão de esgotamento do assunto.

3.3.1 Áreas de Preservação Permanente

As áreas de preservação permanente ou APPs são instituídas pelo Código Florestal¹⁷⁹¹¹, que em seu artigo 1º § 2º inciso II as define como:

“área protegida nos termos dos artigos 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

O conceito legal traz em seu conteúdo uma série de elementos que precisam ser perscrutados. O primeiro deles diz respeito ao fato de que a proteção se dá sobre “áreas” e não sobre vegetação. Logo, com as “Áreas” de Preservação Permanente objetiva-se destacar porções do território que pela sua natural conformação protegem bens ambientais essenciais. A natural conformação dessas áreas, segundo a lei, deve seguir a vocação florística existente sobre elas, quer seja, florestas ou demais formas de vegetação, o que redundará que as mesmas permaneçam constituídas como naturalmente foram concebidas pela natureza.

Assim, independentemente de qualquer critério extrínseco, antrópico ou não, há locais pré-determinados que ganham proteção legal de caráter permanente, ou seja, locais que a lei define como contendo vocação protetiva aos bens ambientais e que devem permanecer inalterados. Essa vocação protetora está umbilicalmente ligada à vegetação existente sobre essas áreas, na medida em que é esta que permite o cumprimento de determinada função ambiental.

Considerando que a lei determina a função de preservação e não conservação, estabelece-se que as áreas de preservação permanente devem visar a proteção a longo prazo das espécies, *habitats* e ecossistemas, promovendo a

¹¹ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965.

sustentação de processos ecológicos, acautelando a simplificação dos sistemas naturais. A definição de preservação (diferente de conservação) é dada por lei.¹⁸⁰¹²

Os locais específicos de ocorrência das áreas de preservação permanente a própria lei define¹⁸¹¹³ e pode-se verificar que tem como escopo a proteção de mananciais e das águas em geral, além de garantir a estabilidade geológica. São as chamadas áreas de preservação permanente existentes pelo só efeito da lei.

A par destas há também as áreas declaradas pelo poder público pela sua relevância ambiental ou sócio-cultural, as chamadas áreas de preservação permanente criadas por ato do poder público, previstas no artigo 3º do Código Florestal¹⁸²¹⁴.

¹² BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 2º - "Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] V - preservação: conjunto de métodos, procedimentos e políticas que visem à proteção a longo prazo das espécies, *habitats* e ecossistemas, além da manutenção dos processos ecológicos, prevenindo a simplificação dos sistemas naturais;"

¹³ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Art. 2º. "Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:

- 1) de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- 2) de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- 3) de 100 (cem) metros para os cursos d'água tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- 4) de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 500 (quinhentos) metros de largura;
- 5) de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

Parágrafo único - No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo."

¹⁴ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Art. 3º - "Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

a) a atenuar a erosão das terras;

b) a fixar as dunas;

c) a formar as faixas de proteção ao longo das rodovias e ferrovias;

d) a auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares;

Já em 1950 Osny Duarte Pereira, na clássica obra *Direito Florestal Brasileiro*, determinava a importância das áreas de preservação permanente, em razão de suas diversas funções, quando o Código Florestal anterior ao ora vigente, as denominava de Florestas Protetoras. Pereira enunciou, detalhadamente, a importância dessas áreas e sua influência no regime hidrológico (chuvas) e no geológico, na biodiversidade:

As matas fazem o papel de esponja, como expôs A. BERTIN, o notável Professor do Instituto Nacional de Agronomia Colonial de Paris no estudo citado, neste trabalho, retendo 61 % da água das chuvas, enquanto que a terra nua absorve apenas 6 %. Creio que isso basta, para fazer calar a todos os advogados da devastação.[...]

A tutela legal se dirige aos efeitos favoráveis dos bosques, na manutenção das superfícies próprias para a agricultura, na reprodução das árvores necessárias ao consumo, para as gerações vindouras.[...]

Reconhecido o papel armazenador de águas que exercem os bosques, segue-se naturalmente que eles podem cooperar, para reter vastas quantidades de chuvas que são depois gradualmente encaminhadas para os regatos, os ribeirões, os rios, sem o perigo de enchentes que ocorrem, quando a chuva é lançada num solo impermeável e é imediatamente dirigida para as correntes fluviais.[...]

Conhecidos são os efeitos das árvores sobre as barrancas. Constituem o meio mais eficiente de impedir os desmoronamentos, seja para dentro dos rios, seja sobre o leito das vias de comunicação.

A função hidrogeológica das matas que ora consideramos é inseparável de sua tarefa contra a erosão, como vimos observando. Do mesmo modo que retêm as águas, impedindo as inundações, os desbarrancamentos e outras catástrofes, desempenham o decisivo papel que lhes cabe na Pedologia Florestal. O solo é um ambiente vivo, habitado pelas raízes e povoado de seres formando o húmus.¹⁸³¹⁵

As áreas de preservação permanente, nas quais se faz necessário manter a vegetação natural sobre elas existente, possuem, segundo reconhece a lei, uma função ambiental determinada conforme a sua vocação. A partir da proteção das águas, o que se faz possível com a vegetação de mata ciliar ao longo de rios e reservatórios bem como da vegetação estabilizadora de encostas, em ambos os casos permitindo a manutenção dos recursos edáficos, é possível constituir uma rede interligada através da vegetação nativa, que permite atender preceitos de conservação ambiental, seja porque permitem uma harmonia da paisagem, seja

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçadas de extinção;

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem estar público.”

¹⁵ PEREIRA, Osny Duarte. *Direito Florestal Brasileiro*. p. 185-198.

porque promovem a biodiversidade ao permitir fluxos genéticos entre espécies da flora e da fauna, enfim assegurando a qualidade de vida e o bem estar humano.

Afirma Milaré:

Essas (as áreas de preservação permanente) consistem em uma faixa de preservação de vegetação estabelecida em razão da topografia ou do relevo, geralmente ao longo dos cursos d'água, nascentes, reservatórios e em topos e encostas de morros, destinadas à manutenção da qualidade do sol, das águas e também para funcionar como 'corredores de fauna'.¹⁸⁴¹⁶

A caracterização de "permanente" dada a essas áreas permitiria a conclusão de que nesses locais, com cobertura florestal nativa, de porte arbóreo ou não, não seria possível conferir outra destinação, quanto mais quando isso conduzisse tais locais à extinção ou a alterações que viessem a impedir o cumprimento da função ambiental para a qual foram instituídas.

Entretanto, a própria lei que instituiu tais áreas, ou seja, o Código Florestal, prevê situações em que a vegetação caracterizada como de preservação permanente poderá ser suprimida.¹⁸⁵¹⁷ São situações excepcionais, assinaladas como de utilidade pública ou de interesse social, previamente aprovadas pela autoridade ambiental competente e desde que não haja, para o caso concreto, alternativas, sejam de caráter técnico, sejam locais. De todo modo, caberá, em caso da necessidade de supressão, a definição de medidas tendentes a minimizar os impactos ambientais decorrentes da supressão da vegetação e conseqüente descaracterização da área como de preservação permanente e ainda a adoção de medidas propensas a compensar os danos causados.

Conforme se observa, as áreas de preservação permanente espraiam-se pelo território onde quer que existam cursos d'água, lagos, lagoas, reservatórios ou nascentes, manguezais ou áreas com declividade. O regime de preservação permanente independe de qualquer outra situação que não seja essa meramente geográfica, não interferindo, destarte, qualquer que seja o regime jurídico de apropriação. Poder público e proprietários privados, em áreas urbanas ou rurais e

¹⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. p. 167.

¹⁷ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Art. 4º. "A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto".

em qualquer caso, são obrigados a respeitar o regime das áreas de preservação permanente.

Assim, pela natureza do instituto que faz incorporar à propriedade, a função que esta manifesta, ou seja, sua função social ou socioambiental, pode-se extrair a conclusão de que não há, no caso das áreas de preservação permanente, limitação ao direito de propriedade, ou seja, elas não estão a impedir qualquer exercício de direito. Ao contrário, é o direito de propriedade que somente é legítimo quando houver, por parte do proprietário público ou privado, o respeito ao instituto das áreas de preservação permanente. Fora disso, caracteriza-se uso abusivo de direito. Veja-se a lição de Antunes:

A idéia de limitação ao direito de propriedade é errônea, pois em sua essência admite o conceito dos anos 1800 de que a propriedade é um direito ilimitado. Em realidade, inexistem limitações ao direito de propriedade. O que existe é que o direito de propriedade somente tem existência dentro de um determinado contexto constitucional e somente é exercido no interior deste mesmo contexto.¹⁸⁶¹⁸

Diante disso, não seria arriscado entender que as áreas de preservação permanente são instrumentos de promoção ambiental que não importam em efeitos sobre a propriedade ou o direito de propriedade, na exata medida em que integram a função social da mesma. No mesmo sentido o entendimento de Franco:

Não se pode, portanto, continuar analisando o Instituto das APPs em relação à propriedade, mas deve-se sim, proceder-se, aqui, a uma mudança de paradigmas, passando a analisar a propriedade em relação às APPs entre as quais foi inserida. Partindo-se deste princípio é que se deve buscar a adequação da propriedade de acordo com sua situação em relação ao ambiente, principalmente quando se encontra situada sobre ecossistemas tão ricos e frágeis quanto os associados aos sistemas hídricos.¹⁸⁷¹⁹

Há que se fazer a pergunta se as áreas de preservação permanente constituem aquele “plus” de função social, mencionado no capítulo antecedente, que interfere no direito subjetivo do proprietário, traduzido na garantia que lhe é conferida em realizar-se, enquanto ser humano, agenciando o social. A resposta certamente se faz negativa, pela própria razão de ser das áreas de preservação permanente. A

¹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. p. 391.

¹⁹ FRANCO, José Gustavo de Oliveira. *Direito Ambiental, Matas Ciliares*. p. 174-175.

sua não-existência implicaria a condenação de uma série de bens ambientais, tais como água, solos, biodiversidade. Assim, as APP's cumprem uma função ambiental essencial e o que é fundamental - sem eliminar a porção de direito subjetivo que o direito de propriedade garante. Razão pela qual, a única conclusão possível é a de que estão embutidas no conceito de função social da propriedade. Nesse sentido a lição de Franco:

Transcende portanto, os limites da propriedade, para permitir a proteção da vida que abriga e dos ecossistemas de que faz parte, conectando fragmentos florestais e apresentando-se mesmo como uma ampla rede vascularizada, possibilitando uma mudança de paradigmas na concepção espacial do ambiente, onde a propriedade – diante de sua função socioambiental – é que deve passar a ser analisada em relação ao ambiente sobre o qual foi alocada, devendo a ele adequar-se – inclusive em relação às atividades circundantes – visando à preservação da biodiversidade a efetividade do instituto, ao menos em relação às áreas ciliares.^{188 20}

Nessa seara, significativo descaracterizar a natureza jurídica das áreas de preservação permanente como limitação administrativa, como quer Machado quando menciona que “as florestas de preservação permanente do art. 2º do Código Florestal, instituídas pelo próprio Código, tais são as suas características de generalidade, atingindo propriedades indeterminadas, devem ser incluídas como limitações administrativas”.^{189 21}

Necessário conhecer o instituto da limitação administrativa^{190 22}. Meirelles ensina que “Limitação Administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”.^{191 23} Apesar das áreas de preservação permanente caracterizarem-se por sua generalidade e indeterminação de sujeitos passivos, tendo como fim satisfazer interesses coletivos, elas não condicionam o exercício de direitos ou atividades, ao contrário, estes é que estão condicionados por elas. Não existe um direito de propriedade que é restringido, diminuído pelo cumprimento e preservação das áreas de preservação permanente. Logo, as APP's não têm natureza jurídica de limitação administrativa.

²⁰ FRANCO, José Gustavo de Oliveira *Op. cit.*, p. 180.

²¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. pg. 693.

¹⁹⁰ Nota da autora: sobre a limitação administrativa ver p. 53 a 56 do Capítulo 2.

¹⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 568.

Desta forma, ao fixar a natureza jurídica das áreas de preservação permanente, não se pode olvidar que o uso adequado e a salvaguarda destas áreas estão intimamente ligadas à função social da propriedade. Machado, com grande proficuidade sentencia: “A existência das florestas ou a destruição ou perecimento das mesmas pode configurar um atentado à função social e ecológica da propriedade”.¹⁹²²⁴

Quanto às áreas de preservação permanente instituídas por ato do poder público, conforme autoriza o artigo 3º do Código Florestal¹⁹³²⁵, o seu ato de criação é que lhes determinará a natureza jurídica, não cabendo, de pronto, propor-lhes uma definição genérica como sói acontecer com as áreas de preservação permanente existentes pelo só efeito da lei, sendo que para a definição de sua natureza jurídica valerá o quanto ficar consignado nos itens subseqüentes.

3.3.2 Reserva Legal

A Reserva Legal como espaço territorial especialmente protegido está definida no §2º, inciso III do artigo 1º do Código Florestal.¹⁹⁴²⁶ Tal qual as áreas de preservação permanente, a reserva legal está distribuída geograficamente pelo território, determinando a manutenção de florestas e outras formas de vegetação nativa, em porções diferenciadas, conforme a localização das propriedades rurais em que se assentam, distribuídas que estão em regiões geográficas do território brasileiro.

À Reserva Legal, conforme atualmente constituída, foi definida uma função ambiental vinculada à conservação da natureza. Diferentemente das áreas de preservação permanente cuja utilização é restritiva e limitada, na reserva legal admite-se o manejo dos recursos naturais em bases sustentáveis, ou seja, em que

²⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *O direito ambiental e a proteção das florestas no século XXI*, p. 8.

²⁵ Cf. nota 13 deste capítulo.

²⁶ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Artigo 1º, §2º, inc. III – “Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso e proteção de fauna e flora nativas;”.

não haja o comprometimento da função ambiental a que se destinam, tais como, manutenção de processos ecológicos, abrigo e proteção de fauna e flora.

Mantida a reserva legal nas propriedades rurais, somadas às áreas de preservação permanente e a outros eventuais regimes especiais de proteção, ao proprietário é admitido suprimir a vegetação nativa conforme dispõe o artigo 16 do Código Florestal¹⁹⁵²⁷, dando uso às terras com vistas ao cumprimento de sua função social, legitimando assim o direito de propriedade, conforme dispõem os artigos 5º, inciso XXIII¹⁹⁶²⁸ combinado com o artigo 186¹⁹⁷²⁹, ambos da Constituição da República.

Conforme se depreende dos dispositivos legais mencionados, a Reserva Legal deve existir em todas as propriedades rurais, sem exceção, sejam públicas ou privadas e onde tenha sido eliminada ou exista em extensão inferior ao determinado por lei, deve ser necessariamente recomposta, conforme determina o artigo 44 do Código Florestal.¹⁹⁸³⁰ Assim, equivocou-se Bacellar quando entende que a reserva legal somente deve existir em áreas de domínio privado, como se pode extrair do excerto:

²⁷ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Art. 16. “As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;
 II - trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo;
 III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País e
 IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.”

²⁸ BRASIL, Constituição (1988). Art. 5º inc. XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”;

²⁹ BRASIL, Constituição (1988). 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”.

³⁰ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Art. 44. “O proprietário ou possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou outra forma de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido nos incisos I, II, III e IV do Art. 16, ressalvado o disposto nos seus §§ 5º e 6º, deve adotar as seguintes alternativas, isoladas ou conjuntamente:

I - recompor a reserva legal de sua propriedade mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ambiental estadual competente;
 II - conduzir a regeneração natural da reserva legal e
 III - compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento.”

É importante salientar que a Reserva Florestal Legal não se confunde com os outros modos de proteção do meio ambiente. Difere-se das Áreas de Preservação Permanente, dos arts. 2º e 3º do Código Florestal, pois estas se aplicam tanto sobre propriedades de domínio privado quanto público, enquanto aquela somente sobre propriedade privadas e, além disso, diferem-se também no que tange à sua finalidade.¹⁹⁹³¹

A natureza do instituto permite concluir que não há, no caso das Áreas de Reserva Legal, limitação ao direito de propriedade, ou seja, elas não impedem nenhum exercício de direitos. Ao oposto, é o direito de propriedade que somente é legítimo quando houver, por parte do proprietário rural público ou privado, o respeito ao instituto das áreas de Reserva Legal. Fora disso, caracteriza-se uso abusivo de direito. Veja-se a lição de Antunes:

A propriedade florestal que não possua, por exemplo, a Reserva Legal é juridicamente inexistente como tal, pois destituída de um dos elementos essenciais para a sua caracterização legal e constitucional. Não há, portanto, limitações ao direito de propriedade, mas a definição de como este instituto jurídico é perante o Código Florestal.²⁰⁰³²

A Reserva Legal não tem, destarte, a natureza jurídica de limitação administrativa, tal qual ocorre com as áreas de preservação permanente, pelo fato de que de igual sorte, afigura-se como elemento integrante da função social e ambiental da propriedade. Antunes ao tratar da reserva legal como interesse dos habitantes do País leciona que:

A reserva legal é uma obrigação que recai diretamente sobre o proprietário do imóvel, independentemente de sua pessoa ou da forma pela qual tenha adquirido a propriedade; desta forma, ela está umbilicalmente ligada à própria coisa, permanecendo aderida ao bem. [...] Efetivamente, a reserva legal é uma característica da propriedade florestal que se assemelha a um ônus real que recai sobre o imóvel e que obriga o proprietário e todos aqueles que venham a adquirir tal condição, quaisquer que sejam as circunstâncias.²⁰¹³³

³¹ BACELLAR, Regina Maria Bueno de. *As restrições ambientais ao livre exercício do direito de propriedade*. p. 316.

³² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.* p. 391.

³³ ANTUNES, P. de B. *Idem*, p. 398-399.

Mais uma vez cabe a pergunta se a reserva legal constitui aquele “plus” de função social que interfere no direito subjetivo do proprietário, traduzido na garantia que lhe é conferida em realizar-se, enquanto ser humano, agenciando o social, inviabilizando qualquer expressão do direito subjetivo de propriedade. A resposta certamente se faz negativa a uma porque a sua não-existência implicaria a condenação de uma série de bens ambientais, especialmente os fluxos genéticos de flora e fauna nativas. A outra porque o proprietário pode conferir usos a terra, inclusive na Reserva Legal, obtendo produção, inclusive auferindo lucros. Assim, a reserva legal cumpre, fundamentalmente, uma função ambiental essencial e não interfere no direito subjetivo de modo a eliminá-lo. Razão pela qual, a única conclusão possível é a de que estão embutidas no conceito de função social da propriedade.

O direito ambiental incidente sobre o direito de propriedade e a dimensão civil do direito de propriedade coexistem, assim, harmonicamente, como única forma de conformar o sistema jurídico.

3.3.3

Impedimento de utilização ou exploração de espécies da flora e fauna

Outra modalidade de instrumento de promoção ambiental que incide inevitavelmente sobre a propriedade diz respeito à delimitação, por ato do poder público, de áreas em que é proibido ou limitado o corte de espécies vegetais raras, endêmicas, em perigo ou ameaçadas de extinção bem como as espécies necessárias à subsistência das populações extrativistas. Há previsão legal, contida no artigo 14, alínea ‘b’ do Código Florestal.²⁰²³⁴

³⁴ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Art. 14. “Além dos preceitos gerais a que está sujeita a utilização das florestas, o Poder Público Federal ou Estadual poderá:

a) [...];

b) proibir ou limitar o corte das espécies vegetais raras, endêmicas, em perigo ou ameaçadas de extinção, bem como as espécies necessárias à subsistência das populações extrativistas, delimitando as áreas compreendidas no ato, fazendo depender de licença prévia, nessas áreas, o corte de outras espécies;”

Quanto às espécies da fauna, a sua utilização, perseguição, caça ou apanha é proibida, ressalvada autorização do poder público. Diferentemente das espécies vegetais, a fauna silvestre, conforme determinação legal, pertence ao Estado²⁰³³⁵, logo, a lei retira *ab initio*, do proprietário, qualquer exercício de direitos dominiais sobre as espécies da fauna.

Tal não ocorre com as florestas e demais formas de vegetação em que, embora considerados bens de interesse comum a todos os habitantes do país, admite-se a sua apropriação, obedecidas as limitações legais.²⁰⁴³⁶ Na prática, a função ambiental desempenhada pelas florestas e demais formas de vegetação caracteriza-as como bem de uso comum, sendo que tal função é garantida pelos instrumentos de promoção ambiental instituídos por lei. No demais, as formações florísticas são sujeitas ao direito de propriedade que deve cumprir sua função social.

A grande diferença, assim, entre fauna e flora está no fato de que a fauna silvestre, ao contrário do que acontece com a flora, jamais se insere como objeto de propriedade privada²⁰⁵³⁷, razão pela qual não há maior dificuldade jurídica quando se está a tratar dos animais no que diz respeito ao direito de propriedade e suas conseqüências.

Quanto às florestas e demais formas de vegetação, as dificuldades permanecem, na medida em que é admitido um regime híbrido, ora admitindo-se que as espécies florísticas, no exercício do direito de propriedade, possam ser suprimidas e exploradas em benefício do proprietário, ora proibindo-se ou limitando-se a exploração das espécies da flora, excluindo o exercício da apropriação privada.

³⁵ BRASIL, Lei nº 5197, de 3 de janeiro de 1.967. Art. 1º. “Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha”.

³⁶ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Art. 1º. “As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem”.

³⁷ Nota da autora: Ressalva seja feita aos espécimes da fauna reproduzidos em regime de cativeiro, sob autorização do poder público, que são sujeitos à apropriação privada.

Tanto no caso das florestas e demais formas de vegetação, quanto no caso das espécies faunísticas, não se questiona a função ambiental que ambas desempenham. Não obstante, decorrentemente do contexto histórico em que os bens ambientais foram tratados por legislações apartadas e que não consideraram, no mais das vezes, suas inter-relações, observa-se que no caso da fauna e flora a legislação, ao lhes conferir tratamento jurídico diverso, não se ateu ao fato de que flora e fauna silvestres são interdependentes. Há um sem número de espécies da flora que dependem dos animais para se reproduzir do mesmo modo que os animais não se mantêm sem o ambiente original florístico que os abriga. Ahrens aponta com clarividência que “a fauna silvestre local é parte indissociável dos ecossistemas florestais e sua presença é elemento indicador da estabilidade dinâmica (ou homeostase) das florestas nativas no tempo”.²⁰⁶³⁸

Desta forma, toda vez que o proprietário privado legitima-se no direito de suprimir as florestas, junto com isto, diretamente e amparado pelo direito de propriedade, afeta os *habitats* dos exemplares da fauna, ainda que neste último caso não possua qualquer direito de propriedade sobre estes. Em última análise, isto redundará no fato de ocorrer, de certa forma, uma apropriação, pelo proprietário, da função ambiental que os animais desempenham em conjunto com as espécies vegetais que os abrigam. São os reflexos de um sistema jurídico que admite o direito de propriedade sobre bens ambientais, sobreposto com um regime de direito ambiental que propugna o meio ambiente como bem de uso comum, gerando incongruências como esta.

Contudo, é possível identificar que a fauna, conjuntamente com as florestas que lhe servem de abrigo, estão contidas no conceito de função social e ambiental da propriedade, de modo que se deve perquirir: até que ponto, no direito de apropriação dos espécimes da flora que compõem as florestas (garantido pela legislação florestal), estará o proprietário legitimado a apropriar-se da fauna, na medida em que ao apropriar-se das florestas estará apropriando-se dos *habitats* dos espécimes da fauna e, como consequência direta, portanto, da própria fauna?

³⁸ AHRENS, Sergio. *Sobre o Manejo Florestal Sustentável de Uso Múltiplo: Proteger a fauna para conservar as florestas*. p. 9.

A resposta é complexa. O proprietário não pode apropriar-se da fauna, mas pode, em última análise, apropriar-se dos *habitats* dessa fauna, essencial para a sobrevivência e existência desta. Assim, considerando que o direito de propriedade está adstrito ao cumprimento da função social, conjuntamente com a garantia do direito subjetivo conferido ao proprietário de, na consecução de seus objetivos individuais, promover o social, essa situação somente pode ser resolvida desde que a apropriação dos espécimes da flora, além de se dar no estrito cumprimento da função social (econômica e ambiental) da propriedade, não venha a comprometer a fauna existente. Para tanto serão necessárias a adoção de técnicas de conservação, manejo, resgate, remoção, reintrodução dos exemplares prejudicados, dentre outras.

Desta forma, é possível que não haja o comprometimento do exercício da função social da propriedade, com todos os seus atributos, nem tampouco, o exercício do direito subjetivo conferido ao proprietário de promover o social no uso da sua propriedade. Inviável, será, contudo, utilizar-se do direito de propriedade para usurpar os *habitats* da fauna silvestre, para o usufruto egoístico de interesses particulares, sem nenhuma medida mitigatória ou compensatória em prol dos animais.

Verifica-se, por ademais, que a adoção de medidas de compensação em prol da fauna, depende da produção e disponibilização de conhecimento científico que identifique a medida necessária à manutenção e conservação dos espécimes animais, necessários ao cumprimento do preceito de um meio ambiente equilibrado e saudável, necessário em disponibilidade e qualidade suficiente ao acesso das futuras gerações, garantindo-se, em qualquer caso, a função ambiental desempenhada pelos animais.

Sob outro viés e no que toca às relações entre propriedade e espécimes da flora, é possível verificar que o artigo primeiro do Código Florestal²⁰⁷³⁹ reputa às florestas e demais formas de vegetação a qualidade de bens de interesse comum a todos os habitantes do país, enquanto que a Constituição da República qualifica o meio ambiente como bem de uso comum do povo.²⁰⁸⁴⁰

³⁹ Cf. nota 24 deste capítulo.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). 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".

A conclusão a que se chega é de que a função ambiental que as florestas cumprem não está sujeita a regime de apropriação privada. Bem por isso que o poder público está legitimado a proibir ou limitar o corte das espécies vegetais raras, endêmicas, em perigo ou ameaçadas de extinção, bem como as espécies necessárias à subsistência das populações extrativistas²⁰⁹⁴¹, visando, com isso, a garantir o cumprimento da função ambiental que desempenham as espécies a serem protegidas, além do atendimento ao princípio do acesso equitativo aos **recursos ambientais**.

Assim, a proibição ou limitação de corte e exploração de determinadas espécies por parte do poder público manifesta-se como instrumento de promoção ambiental, de modo que o direito de propriedade somente se legitima, tal qual ocorre com as áreas de preservação permanente e reserva legal, se respeitar os atos do poder público que limitem a possibilidade de apropriação privada dessas espécies.

Desse modo, não é razoável a concepção de que quando o poder público edita atos limitando o corte e exploração de determinadas espécies, ocorre limitação ao direito de propriedade, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades, porque, de direito, não há limitação. Tais atos não são condicionadores ou limitadores, são declaratórios da função ambiental que cumprem determinadas espécies, excluindo, por essa razão, a possibilidade de que adentrem ao direito de apropriação privada. Em outras palavras, são atos que declaram a exclusão da possibilidade de que as espécies definidas possam ser apropriadas ou que continuem a ser apropriadas.

A consequência natural disso é que, a partir do ato declaratório, o exercício do direito de propriedade somente pode ser considerado legítimo quando for garantida a proteção dessas espécies, do contrário, considerar-se-á uso nocivo da propriedade e abuso de direito.

Mais uma vez cabe a pergunta se tais atos declaratórios constituem aquele “plus” de função social que interfere no direito subjetivo do proprietário, traduzido na garantia que lhe é conferida em realizar-se, enquanto ser humano, promovendo o social. A resposta certamente se faz negativa, pela própria razão de ser da declaração de imunidade de determinadas espécies. Se ameaçadas de extinção

⁴¹ Cf. nota 32 deste capítulo.

estão ou se caracterizam-se como exemplares raros, não há direito subjetivo que a isso não sucumba. A eliminação dessas espécies implicaria sua própria condenação. Daí porque adentram, certamente, o conceito de função ambiental e social, portanto.

Denota-se, assim, a ocorrência de impossibilidade de apropriação e não desapropriação que pressupõe que o direito esteja integralizado ao patrimônio do sujeito. As espécies que até a declaração do poder público podiam vir a integrar a propriedade do particular passam a ser excluídas de tal possibilidade. Isso é possível porque as espécies da flora, conforme determina o artigo 1º do Código Florestal, estão sujeitas a regime de apropriação privada, ressalvados os limites impostos pela legislação. Imposto o limite, exclui-se a possibilidade de apropriação.

Acrescente-se que é pela inquestionabilidade da função ambiental das florestas nativas, que a legislação determina que o proprietário somente pode apropriar-se de espécimes da flora se e quando o poder público autorizar.²¹⁰⁴² Com isso, tem-se que as florestas, enquanto bem ambiental, são bens de uso comum do povo, sujeitas a regime de apropriação privada depois de autorizado pelo poder público. Deste modo, o poder público pode, a qualquer tempo, editar atos proibindo ou limitando o corte de determinadas espécies, sem que a isto possa se opor o proprietário e, ainda, sem que isso afete direitos, pois estes somente se constituem após a autorização do poder público.

Os espécimes da flora, independentemente do conteúdo econômico que representam, especialmente quando não houver qualquer contribuição do proprietário para o incremento deste conteúdo (quando são dados pela natureza), não integram a propriedade privada, por isso não há que se falar em desapropriação. Ora, enquanto não há autorização expressa do poder público, não há qualquer direito de apropriação privada de espécimes que compõem a flora. A aquisição da propriedade, em outras palavras, não faz adquirir os espécimes da flora sobre ela existentes.

⁴² BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1.965. Art. 19. "A exploração de florestas e formações sucessoras, tanto de domínio público como de domínio privado, dependerá de prévia aprovação pelo órgão estadual competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, bem como da adoção de técnicas de condução, exploração, reposição florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea forme".

Assim, independe o fato de a proibição ou limitação de corte de espécies vegetais raras ou em perigo de extinção ser de caráter geral ou não, pois incide em momento anterior à apropriação das florestas por parte do detentor da propriedade.

3.3.4

Unidades de Conservação, Zonas de Amortecimento e Corredores Ecológicos

Destacam-se no cenário jurídico dos espaços territoriais especialmente protegidos as Unidades de Conservação que se afiguram, por excelência, como instrumentos de promoção ambiental, na medida em que têm como objetivo a preservação e proteção da integridade de amostras significativas de toda a diversidade de ecossistemas.

As Unidades de Conservação são porções definidas do território nacional que, por deterem atributos ambientais significativos, são criadas por ato do poder público, que as coloca sob regime especial de administração, visando à manutenção de locais em que não ocorra a intervenção humana ou esta se dê em absoluta compatibilidade com a proteção da natureza. O regime jurídico das Unidades de Conservação está definido pela Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000, que estabelece um conceito para esses espaços territoriais protegidos.²¹¹⁴³

As Unidades de Conservação possuem funções ambientais diversas, definidas pela lei supracitada, dentre elas, a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos, proteção de espécies, preservação e restauração de ecossistemas naturais, promoção do desenvolvimento sustentável, promoção de práticas e princípios de conservação da natureza, proteção de paisagens naturais e belezas cênicas, dentre outras.

⁴³ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 2º - "Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção;"

A necessidade de manutenção da biodiversidade decorre das ameaças decorrentes das ações humanas que, na busca de desenvolvimento, têm promovido uma redução drástica da diversidade biológica, seja através da exploração dos recursos naturais como fonte de matéria prima, seja através da provocação de diferentes formas de poluição.

As unidades de conservação apresentam-se, assim, como estratégia de manutenção da biodiversidade por meio de técnicas de conservação *in situ*, ou seja, manutenção de ecossistemas e *habitats* naturais e a proteção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais próprios. Por meio da conservação *in situ* promove-se a conservação de ecossistemas inteiros, permitindo um funcionamento eficaz dos processos ecológicos.

Daí porque a importância das Unidades de Conservação, na exata medida em que promovem a conservação *in situ* da natureza. Da lição de Milano:

[...] torna-se também necessário impedir que a perda de espécies cause danos ao funcionamento eficaz dos processos ecológicos. Daí as principais estratégias estarem concentradas em técnicas de conservação *in situ* e, dessa forma, ocorrerem através de unidades de conservação.²¹²⁴⁴

A conservação *in situ* dá-se por meio de diferentes técnicas, conforme graus de manejo dos recursos naturais admissíveis, daí porque estabeleceram-se diversas modalidades de unidades de conservação, com objetivos distintos, dados afim de atender propostas específicas, ora privilegiando-se a preservação, ora a conservação, ora as belezas cênicas, ora o conhecimento das populações tradicionais e assim por diante.

Esses objetivos de conservação decorrem, ainda, de teorias filosóficas que fundamentam a questão da conservação da natureza e que, em dado momento, se contrapõem. Socioambientalismo e Conservacionismo apontam estratégias diferentes de conservação.

Ambas as correntes partem de um mesmo ponto, ou seja, a crítica ao modelo civilizatório baseado na noção de progresso material e desenvolvimento

⁴⁴ MILANO, Miguel Serediuk. *Unidades de Conservação – Técnica, Lei e Ética para a Conservação da Biodiversidade*. p. 21

econômico, nos moldes da modernidade científica e industrial, que se faz por meio do uso indiscriminado dos recursos naturais, fazendo-se necessária, portanto, a mudança desse paradigma. Desse ponto em diante, as correntes divergem. Para os socioambientalistas, falar em ambiente é falar em pessoas e suas relações numa proposta inspirada numa visão integradora, ou seja, numa construção, recuperação ou até re-ligação da harmonia humana em conjunção com o ambiente vivo.

Para os conservacionistas, as ações de conservação são prementes, sendo que inexoravelmente, a presença e as atividades humanas produzem impacto negativo sobre a natureza. Dessa forma, deve-se excluir a presença humana, devendo haver uma ação forte do poder público em reservar espaços onde não seja admitido o uso direto dos recursos naturais, como única forma de se promover uma conservação eficaz.

Ambas as correntes de pensamento influenciaram as políticas públicas de conservação do território brasileiro, refletidas no texto da Lei 9985, de 18 de julho de 2000, conhecida como Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, que procurou contemplar, dentre as diversas modalidades de áreas protegidas, as diferentes técnicas de conservação *in situ* e as concepções filosóficas que fundamentam a questão.

Assim, o SNUC prevê a existência de unidades de conservação de proteção integral, onde não se admite o uso direto de recursos naturais, a par de unidades de conservação de uso sustentável, nas quais se deve compatibilizar a conservação da natureza com o uso dos recursos naturais nela inseridos.

Cada uma das categorias têm como objetivo estabelecer um regime de manejo próprio e específico dos recursos naturais e são instituídas conforme a realidade ambiental e social assim o determina, observada a melhor técnica.

Dessa forma, dentre as categorias de Unidades de Conservação de proteção integral aparecem as Estações Ecológicas, Reservas Biológicas, Parques Nacionais, Monumentos Naturais e Refúgios de Vida Silvestre. Paralelamente, o grupo de unidades de conservação de uso sustentável, neste incluídas as Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico, Florestas Nacionais, Reservas Extrativistas, Reservas de Fauna, Reservas de Desenvolvimento Sustentável e

Reservas Particulares do Patrimônio Natural. Tanto num, quanto noutro grupo, destaca-se, por relevante ao presente trabalho, o regime de uso humano de terras, que se apresenta diferenciado dentre as diversas modalidades.

O regime misto entre a possibilidade de presença humana ou não, nas Unidades de Conservação e a possibilidade maior ou menor de intervenção antrópica, define o regime de dominialidade territorial para cada modalidade de área protegida. Em outras palavras, o amplo espectro de possibilidades, no que toca à presença humana em Unidades de Conservação, determina inexoravelmente o direito de propriedade aplicável.

Nas Estações Ecológicas verifica-se uma possibilidade limitadíssima quanto à presença humana, sendo esta admitida somente para fins educacionais e pesquisa científica, ainda assim, com sérias restrições, na medida em que está proibida a visitação pública e pesquisas de certo impacto ambiental, somente são admitidas em 3% da unidade de conservação. Em razão disso, a legislação conferiu o regime de posse e domínio público nessas áreas, determinando, portanto, a desapropriação.²¹³⁴⁵

As Reservas Biológicas seguem rigor semelhante ao das Estações Ecológicas, não admitindo interferência humana direta, inclusive para fins de visitação pública ou modificações ambientais. De igual sorte, a posse e o domínio são públicos, com desapropriação.²¹⁴⁴⁶

Os Parques Nacionais foram instituídos com um viés menos restritivo quanto à presença humana, pois tem como objetivo básico o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, recreação em contato com a natureza e turismo ecológico. Assim, apesar de não se admitir nos Parques Nacionais o uso dos recursos para fins de exploração e coleta, observa-se a sua destinação

⁴⁵ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 9º. “A Estação Ecológica tem como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas.

§1º - A Estação Ecológica é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei”.

⁴⁶ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 10. “A Reserva Biológica tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais.

§1º - A Reserva Biológica é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei”.

específica, que possibilita ao ser humano a convivência harmoniosa com os elementos naturais. Contudo, prevê a legislação posse e domínio públicos, com desapropriação.²¹⁵⁴⁷

Modifica-se, o regime, contudo, nos Monumentos Naturais e Refúgios de Vida Silvestre, na medida em que o SNUC estabelece que, nesses casos, podem ser constituídos por áreas particulares, bastando, para tanto, que seja possível identificar a compatibilização dos objetivos da unidade de conservação com a utilização da terra e dos recursos naturais pelos proprietários.²¹⁶⁴⁸

Assim, verifica-se ser possível manter a presença humana no âmbito dos Monumentos Naturais e Refúgios de Vida Silvestre e inclusive a propriedade privada. Contudo, não se pode olvidar que são categorias de unidade de conservação que não admitem o uso direto de seus recursos naturais, de modo que toda e qualquer ação humana deve-se restringir à conservação.

Diante do exposto, a presença humana em unidades de conservação de proteção integral e, via de consequência, o regime de apropriação privada de terras nestes locais, somente pode se dar em situações em que tal presença não impeça ou dificulte o atendimento dos objetivos e diretrizes estabelecidos e quando a propriedade privada não seja motivo a impedir o regime de conservação específico.

No que toca às unidades de conservação de uso sustentável, a presença humana e o direito de propriedade exercitável, o viés determinado pela lei muda substancialmente. Nesses casos, os objetivos são diferenciados, circunscrevendo-se a promoção do desenvolvimento sustentável por meio da adoção de práticas de conservação da natureza no processo de desenvolvimento, valorização econômica e

⁴⁷ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 11. “O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

§1º - O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei”.

⁴⁸ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 12. “O Monumento Natural tem como objetivo básico preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica. §1º - O Monumento Natural pode ser constituído por áreas particulares, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários. §2º - Havendo incompatibilidade entre os objetivos da área e as atividades privadas ou não havendo aquiescência do proprietário às condições propostas pelo órgão responsável pela administração da unidade para a coexistência do Monumento Natural com o uso da propriedade, a área deve ser desapropriada, de acordo com o que dispõe a lei”.

social da diversidade biológica, proteção dos recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, com respeito ao seu conhecimento, além da sua promoção social e econômica.

As diretrizes formuladas para as unidades de conservação de uso sustentável, destarte, constituem um conjunto de indicações que levam a concluir que a presença humana é fundamental para os objetivos de conservação propostos para esta categoria de unidades de conservação.

Desse modo, quando se analisa cada uma das modalidades de unidades de conservação de uso sustentável, fica translúcida a idéia de que são destinadas a promover modos de manejo cuja condição *sine qua non* é a participação popular, sendo a presença humana circunstância inarredável. Sendo assim, o regime de apropriação é predominantemente privado, tornando-se público somente onde se faz necessária a proteção de populações tradicionais ou, excepcionalmente, onde as comunidades residentes podem interferir de modo desfavorável aos objetivos propostos, como no caso das Reservas de Fauna.

Assim, nas Áreas de Proteção Ambiental a ocupação humana é característica necessária, inclusive para a identificação da própria categoria, tendo como um de seus objetivos básicos disciplinar o processo de ocupação. Deste modo, a propriedade privada integra-se, necessariamente, ao regime dessas áreas.²¹⁷⁴⁹

As Áreas de Relevante Interesse Ecológico, assim denominadas aquelas dotadas de características naturais extraordinárias, têm como objetivo regular o uso admissível. Logo, aponta-se como próprio das ARIEs a possibilidade de uso, do que decorre que a presença humana é possível bem como a propriedade privada.²¹⁸⁵⁰

⁴⁹ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 15. “A Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais. §1º - A Área de Proteção Ambiental é constituída por terras públicas ou privadas”.

⁵⁰ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 16. “Área de Relevante Interesse Ecológico é uma área em geral de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional, e tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza. §1º - A Área de Relevante Interesse Ecológico é constituída por terras públicas ou privadas”.

As Florestas Nacionais, de sua vez, têm como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica. Nas Florestas Nacionais observa-se que é admitida a permanência de populações tradicionais que a habitam quando de sua criação. A posse e o domínio devem ser públicos, com vistas a garantir a proteção das comunidades tradicionais residentes.²¹⁹⁵¹

A Reserva Extrativista, por ademais, é modalidade de unidade de conservação cuja condição de existência é ser utilizada por população tradicional extrativista e tem como objetivo básico proteger os meios de vida dessas populações. Assim, não existe reserva extrativista sem população residente e que sobrevive de retiradas ou coletas de produtos naturais. Desse modo, a presença humana é mais do que permitida, é condicionante de criação e existência. Contudo, o domínio é público visando à proteção das comunidades tradicionais que, em geral, tradicionalmente não reconhecem em seus usos e costumes o regime da propriedade privada individual estabelecido pelo Direito Civil, na medida em que, no mais das vezes, adotam sistemas coletivos de uso e gozo da terra e seus frutos.²²⁰⁵²

A Reserva de Fauna é a unidade de conservação que pretende promover a realização de estudos científicos sobre o manejo comercial de espécies animais. Sendo assim, para a promoção da pesquisa científica, determina a lei posse e domínio públicos.²²¹⁵³

⁵¹ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 17. “A Floresta Nacional é uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas.

§1º - A Floresta Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas de acordo com o que dispõe a lei.

§2º - Nas Florestas Nacionais é admitida a permanência de populações tradicionais que a habitam quando de sua criação, em conformidade com o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade”.

⁵² BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 18. “A Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.

§1º - A Reserva Extrativista é de domínio público, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais conforme o disposto no Art. 23 desta Lei e em regulamentação específica, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei”.

⁵³ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 19. “A Reserva de Fauna é uma área natural com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos.

§1º - A Reserva de Fauna é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas de acordo com o que dispõe a lei”.

As Reservas de Desenvolvimento Sustentável, tal como as Reservas Extrativistas, também apresentam-se como modalidade de unidade de conservação em que a presença humana é condição *sine qua non*, na medida em que tem como objetivo básico assegurar as condições e os meios necessários para a reprodução e a melhoria dos modos e da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais das populações tradicionais bem como valorizar, conservar e aperfeiçoar o conhecimento e as técnicas de manejo do ambiente desenvolvidas por estas populações. Pelas mesmas razões das Reservas Extrativistas, o domínio é público.²²²⁵⁴

Por fim, como última modalidade de unidade de conservação de uso sustentável aparecem as Reservas Particulares do Patrimônio Natural – RPPN – que têm como objetivo básico a conservação da diversidade biológica, sendo o uso por populações humanas admitido para fins de visitação, seja com fins recreativos, turísticos ou educacionais. Como o próprio nome diz, são unidades de conservação privadas, de modo que a propriedade privada é condição essencial de existência.²²³⁵⁵

No mais, verifica-se que as Unidades de Conservação de Uso Sustentável, dentre os objetivos previstos entre as diversas modalidades, devem ser utilizadas como instrumento tendente a propor soluções e modelos em que sejam compatibilizados o crescimento econômico, a desigualdade social e a conservação ambiental, retirando, de espaços territoriais específicos, a liberdade de iniciativa que vise à apropriação individual e egoística dos recursos naturais, limitando o exercício

⁵⁴ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 20. “A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.

§1º - A Reserva de Desenvolvimento Sustentável tem como objetivo básico preservar a natureza e, ao mesmo tempo, assegurar as condições e os meios necessários para a reprodução e a melhoria dos modos e da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais das populações tradicionais, bem como valorizar, conservar e aperfeiçoar o conhecimento e as técnicas de manejo do ambiente, desenvolvidos por estas populações.

§2º - A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é de domínio público, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser, quando necessário, desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei”.

⁵⁵ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 21. “A Reserva Particular do Patrimônio Natural é uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica”.

da vontade humana sem, contudo, impedir o uso desses recursos. É exatamente nesse contexto que a propriedade e a posse privada são admitidas.

Decorrentemente do regime aplicado dentre as modalidades de unidades de conservação acima enunciadas, pode-se extrair, basicamente, três regimes de apropriação: 1) apropriação exclusivamente pública; 2) apropriação pública com posse concedida; 3) apropriação privada.

No caso daquelas modalidades de unidades de conservação em que a posse e o domínio são exclusivamente públicos, pelas razões já expendidas, verifica-se que, em nome de um dado objetivo ambiental e o rigor com que este deve ser empreendido, a opção legislativa se deu pela intervenção no direito de propriedade, transferindo o domínio compulsoriamente ao poder público, mediante indenização. Observe-se que não é a função ambiental restritiva dessas áreas que as publicizam, mas a opção legislativa em transferir o domínio ao ente público, opção esta não adotada para as áreas de preservação permanente, por comparação, em que o regime quanto à função ambiental é muito assemelhado, já que em ambos os casos a intenção é a preservação da natureza.

Desse modo, não tivesse o legislador expressamente definido o regime de apropriação dessas áreas, as propriedades privadas situadas nas unidades de conservação de proteção integral, submeter-se-iam ao regime de preservação definido no ato de sua criação. Se assim o legislador o fez, o foi certamente porque, nesses casos, essas propriedades dificilmente cumpririam os demais requisitos da função social da propriedade rural previstos no art. 186 da Constituição da República.²²⁴⁵⁶ Aproveitamento e exploração estariam comprometidos, o que redundaria em considerar uma intervenção ilegítima no direito de propriedade, em muitos casos.

Seguindo essa lógica, as unidades de conservação que admitem a posse e a propriedade privada permitem o cumprimento integral da função social da propriedade rural. Permite-se e incentiva-se, na linha epistemológica

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). 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".

socioambientalista, o aproveitamento e exploração racionais e adequados em compatibilidade estreita com o uso sustentável dos recursos naturais e preservação do meio ambiente.

Desse modo, as unidades de conservação de uso sustentável com posse ou propriedade privada permitida não impõem limitação ao direito de propriedade, este é que, em verdade, somente se exerce legitimamente, nesses locais, se cumprirem a função ambiental determinada pelo regime de uso. Extraí-se da lição de Figueiredo e Leuzinger:

Com efeito, se o respeito às restrições impostas ao direito de propriedade em virtude da criação de Monumentos Naturais ou Refúgios de Vida Silvestre decorre do cumprimento de sua função ambiental, devendo essas, por isso, ser suportadas pelo particular, não há que se condicionar a sua criação à vontade deste, eis que ele está, em decorrência do princípio da função social, obrigado a observá-las.²²⁵⁵⁷

Volta-se à tradicional pergunta: se as unidades de conservação de uso sustentável, com posse ou propriedade privada, constituem, pelo só ato de sua criação, aquele “plus” de função social que interfere no direito subjetivo do proprietário, traduzido na garantia que lhe é conferida em realizar-se, enquanto ser humano, agenciando o social. A resposta geralmente se fará negativa, pela característica intrínseca dessas áreas que procuram, tão-somente, prestigiar o desenvolvimento sustentável, estabelecendo, apenas, um regime especial de administração. Assim, a única conclusão possível é a de que essas modalidades de unidades de conservação estão embutidas no conceito de função social da propriedade.

Ademais, o que vai diferenciar as propriedades privadas inseridas em unidades de conservação das demais não é a questão do limite ao direito de propriedade, mas a função ambiental específica, determinada a umas e a outras, que terá um viés mais ou menos direcionado à preservação do meio ambiente ou mais ou menos direcionado ao cumprimento das demais funções da propriedade.

Não se olvide que a propriedade pode ter um regime de uso cujo viés seja mais fortemente vinculado à sua exploração econômica e, ainda assim, permaneça

⁵⁷ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. & LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Op. cit.* p. 481.

cumprindo os preceitos de preservação ambiental, convivendo no mesmo regime jurídico ao lado de outro tipo de propriedade, que tenha viés mais fortemente vinculado à preservação ambiental sem perder de vista o aproveitamento econômico. Ambas cumprem a função social da propriedade. O viés a ser mais fortemente contemplado é definido por lei e, naturalmente, pela condição socioambiental da área, não pela vontade do proprietário. Nem em um, nem em outro caso, há interferência no direito de propriedade, cujo exercício, diga-se, é idêntico, ou seja, ambos exercem plenamente o direito de propriedade e os atributos que lhe são inerentes conforme dispõe o Código Civil.²²⁶⁵⁸ O que não se contempla é a pretensão do proprietário que estará submetida ao interesse coletivo prioritário no caso concreto. No exercício do seu direito subjetivo, o proprietário somente tem uma escolha: que é dirigir a sua vontade de agenciamento do social que se vincule à vocação da propriedade que lhe é submetida.

O mesmo raciocínio se aplica às zonas de amortecimento e corredores ecológicos definidos na Lei do SNUC.²²⁷⁵⁹ Em geral, esses espaços territoriais protegidos, que também se constituem em instrumentos de promoção ambiental, estão sob regime de apropriação privada. São os ‘vizinhos’ das unidades de conservação e as terras que se situam entre áreas protegidas ou fragmentos florestais, ligando-os.

A zona de amortecimento “é um espaço destinado a diminuir ou enfraquecer os efeitos das atividades existentes na área circundante de uma unidade de conservação”.²²⁸⁶⁰ Os corredores ecológicos têm a função ambiental de contornar o

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1228. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

⁵⁹ BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Art. 2º. [...]XVIII – “zona de amortecimento: o entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade e XIX - corredores ecológicos: porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando unidades de conservação, que possibilitam entre elas o fluxo de genes e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam para sua sobrevivência áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais”.

⁶⁰MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. p. 759.

problema da fragmentação de ecossistemas²²⁹⁶¹, na medida em que viabiliza o fluxo gênico entre áreas protegidas.

Os usos da propriedade que se dêem anteriormente nas áreas de entorno da unidade de conservação que venham a se tornar zona de amortecimento ou nas propriedades necessárias ao estabelecimento de corredores, em decorrência da criação da unidade, devem ser redirecionados, com vistas a uma gestão dessas áreas que compatibilizem, na medida do possível, as novas condicionantes de proteção da área recém-criada com a tradição local, os usos e costumes e necessidades das comunidades vizinhas. Machado ensina que “a zona de amortecimento e a unidade de conservação devem ter atividades que coexistam harmonicamente, pois o meio ambiente não se administra contra os vizinhos ou em dissonância com seus anseios e suas necessidades”.²³⁰

Contudo, identifica-se, na propriedade situada nas áreas definidas como zonas de amortecimento ou corredores ecológicos, uma função ambiental determinada, em cumprimento a sua função social. Destarte, quanto à natureza jurídica, podem seguir, em alguns casos o regime das áreas de preservação permanente, reserva legal e unidades de conservação que admitem a propriedade privada, não caracterizando, necessariamente, pelos mesmos motivos, limitação administrativa ou limitação ao direito de propriedade.

Finalmente, não é possível esquivar-se à pergunta já tradicional quando o assunto é direito de propriedade: as zonas de amortecimento ou corredores ecológicos, conforme o regime de uso proposto, constituem aquele “plus” de função social que interfere no direito subjetivo do proprietário, traduzido na garantia que lhe é conferida em realizar-se, enquanto ser humano, agenciando o social? A resposta, em geral, será negativa, mesmo quando as zonas de amortecimento e corredores ecológicos, pela sua superveniência, instituírem regimes de uso na propriedade privada que conflitem com os destinos a ela definidos até então pelo proprietário. Ressalvado os casos em que o direito subjetivo do proprietário restar

⁶¹ “A necessidade de promover a conectividade entre os fragmentos de ecossistemas naturais encontra sua base na biologia da conservação: os processos ecológicos necessitam de áreas extensas para se manter por longo prazo. Populações da flora e da fauna, isoladas, são mais vulneráveis às pressões externas, sendo susceptíveis à extinção”. In: MMA. Secretaria de Coordenação da Amazônia. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Programa-Piloto para a Proteção das Florestas Tropicais do Brasil – PPG-7. *Projeto Corredores Ecológicos*, 2001.

⁶² MACHADO, Paulo Affonso Leme. Idem, p. 760.

completamente inviabilizado, não há que se falar em invasão ilegítima no direito de propriedade.

Verifique-se que o direito subjetivo é condicionado pela lei de modo que o proprietário privado ainda que estivesse dando uso adequado à propriedade, cumprindo a sua função social, e o aparecimento de uma unidade de conservação no raio de impacto direto da propriedade, pode conferir a ela novas destinações, agora de caráter ambiental, sendo que isso deve incorporar-se à vontade do proprietário.

3.4

Outros instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade

Abordar-se-á, neste item do trabalho, outros instrumentos de promoção ambiental que incidem na propriedade, que detêm características bastante singulares, constituindo-se em institutos aplicáveis na administração territorial ou, ainda, como técnicas facilitadoras de conservação que permitem uma gestão diferenciada em prol do ambiente de modo a caracterizar o território objeto de sua incidência em espaços territoriais especialmente protegidos.

3.4.1

Jardins Botânicos

Os Jardins Botânicos existem no Brasil desde o período imperial, quando foi criado o primeiro Jardim Botânico, no Rio de Janeiro.²³¹⁶³ Recebem tratamento normativo, atualmente, pela Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente-CONAMA nº 339/2003²³²⁶⁴ que determina a esses locais a função precípua de

⁶³ O Jardim Botânico do Rio de Janeiro foi criado em 13 de junho de 1808, por D. João VI, cf. pesquisa extraída do site www.jbrj.gov.br consultado em 15 de outubro de 2006, às 20:26h.

⁶⁴ BRASIL. Resolução CONAMA nº 339, de 25 de setembro de 2003 - Art. 1º. "Para os efeitos desta Resolução, entende-se como jardim botânico a área protegida, constituída no seu todo ou em parte, por coleções de plantas vivas cientificamente reconhecidas, organizadas, documentadas e identificadas, com a finalidade de estudo, pesquisa e documentação do patrimônio florístico do País, acessível ao público, no todo ou em parte, servindo à educação, à cultura, ao lazer e à conservação do meio ambiente".

conservação *ex situ* da natureza, especialmente de espécies da flora, com a proposta de se manter e reproduzir espécimes, em local controlado, fora de seu meio de ocorrência, ganhando, assim, *status* de espaço territorial especialmente protegido.

A conservação das espécies deveria ser consequência da preservação dos seus ecossistemas naturais (*in situ*). No entanto, e para determinadas espécies, há risco iminente de extinção, daí a necessidade de aliar-se às técnicas de conservação *in situ*, as ações de conservação *ex situ*, como meio complementar de conservação, propiciado especialmente através dos Jardins Botânicos. Estes detêm vários objetivos, destacando-se, dentre eles, o de suporte à conservação florística, a longo prazo, visando a suprir e reintroduzir espécies em seu habitat natural, oferecendo apoio técnico e científico para a conservação *in situ*. Antunes leciona:

Os Jardins Botânicos são parques científicos e culturais que integram o conjunto das unidades de conservação brasileira, São importantes unidades na estratégia de conservação devido ao acervo científico que acumulam, servindo de banco genético para áreas degradadas, bem como para evitar a extinção de espécies.²³³⁶⁵

Os Jardins Botânicos têm sido, ao longo dos séculos, significativos instrumentos de desenvolvimento científico e elos importantíssimos nos processos de conservação. Os pesquisadores que neles trabalham ou se associam desempenham um papel fundamental no estudo e investigação de espécimes de plantas, proporcionando a divulgação de relevantes informações, tais como a aclimação e cultivo das espécies economicamente importantes ou, ainda, o fomento da educação ambiental.

A criação dos Jardins Botânicos pode se dar por iniciativa do poder público ou por iniciativa particular, vinculado, de qualquer sorte, ao controle por parte do primeiro.²³⁴⁶⁶ Ademais, a realização da conservação *ex situ* dá-se por meio de

⁶⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.*, p. 454.

⁶⁶ BRASIL. Resolução CONAMA nº 339, de 25 de setembro de 2003. Art. 3º. "O jardim botânico criado pela União, Estado, Município, Distrito Federal ou pela iniciativa particular, deverá ser registrado no Ministério do Meio Ambiente, que supervisionará o cumprimento do disposto nesta Resolução".

estudos, pesquisas e documentação do patrimônio florístico do País, ou seja, caracterizada fortemente pela pesquisa científica de fins aplicados à conservação.

Dessa forma, os Jardins Botânicos, como instrumento de promoção ambiental, detêm uma característica muito particular, pois são criados com objetivos muito singulares, funcionando como uma espécie de laboratório de produção de conhecimento sobre a flora. Como a proposta dá-se pela conservação *ex situ*, a implantação de Jardins Botânicos não afeta a gestão do território pois não há, necessariamente, características naturais do ambiente a determinar a sua instalação. Contudo, não guardam nenhuma compatibilidade com outros usos, daí porque a necessidade de destinação específica, com sujeição integral a regime de domínio exclusivo.

Assim, o poder público, quando titular dos Jardins Botânicos, ao definir a sua melhor localização, deve necessariamente transferir o domínio das terras ao patrimônio do Estado, mediante ato declaratório de utilidade pública e desapropriação.

Sendo assim, não se suscitam grandes dificuldades quanto ao regime de domínio dos Jardins Botânicos, dadas as características típicas e próprias dos mesmos que não geram, destarte, nenhum conflito de uso da propriedade, na medida em que, não se contrapõem, no caso, uso e conservação.

Contudo, não se pode olvidar que, uma vez instalados, os Jardins Botânicos cumprem função ambiental de suma relevância e fixam definitivamente o território no qual foram hospedados pois as pesquisas e o desenvolvimento realizado sobre as coleções de plantas vivas são determinados, certamente, pelo regime de solos, clima, hidrologia, etc. Daí porque a natureza de espaço territorial especialmente protegido dos Jardins Botânicos.

3.4.2 Zoneamento Ambiental

O zoneamento ambiental foi instituído como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente²³⁵⁶⁷ tendo como princípio a delimitação geográfica de áreas

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981. Art. 9º. "São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: I - [...]; II - o zoneamento ambiental; [...]"

territoriais em que há identificação prévia de usos, gozo e fruição da propriedade distribuída pelo território visando à proteção ambiental. Segundo Antunes “existe Zoneamento quando são estabelecidos critérios legais e regulamentares para que determinadas parcelas do solo, ou mesmo de cursos d’água doce ou do mar, sejam utilizadas ou não utilizadas, segundo critérios preestabelecidos”.²³⁶⁶⁸

O território brasileiro, até pelo que decorre de sua história de apropriação e utilização, não foi submetido a um planejamento adequado, conquanto sobre ele existir uma grande diversidade de ecossistemas e ocupações humanas que passam pelas florestas, campos naturais, cerrados e caatinga, zona costeira, além de áreas urbanas e áreas de exploração econômica como agricultura, pecuária, extrativismo, mineração e outras formas de utilização do solo.

A destinação e utilização multifacetada do território, sem que se tenha de antemão um planejamento a garantir a compatibilização de interesses, gerou e vem gerando, ao longo do tempo, inúmeros conflitos, colocando dois princípios: o de desenvolvimento e o de proteção ambiental, em colisão.

Para tanto, o Estado é chamado a compor esses conflitos através de políticas e projetos governamentais de ocupação do território, apresentando-se o instituto do zoneamento pelo seu caráter planificador.

O zoneamento ambiental ou também denominado zoneamento ecológico-econômico para que atinja seu maior escopo, deve afigurar-se como instrumento de planejamento definido em decorrência de estudos que observem as peculiaridades, fragilidades e potencialidades do meio, posto à execução através do controle estatal capaz de ordenar o interesse privado e a evolução econômica, em compatibilidade com os interesses e direitos ambientais e sociais, possibilitando o alcance do desenvolvimento sustentável.

O zoneamento é instituto bastante conhecido, pois aplicado no desenvolvimento urbano há décadas, através dos Planos Diretores municipais que decorrentemente de sua função diretiva propõem a levar os centros urbanos a propiciarem melhor qualidade de vida aos cidadãos. Assim é que as cidades dividem-se em zonas; residenciais, industriais, comerciais, serviços, dentre outras, em que se estabelecem as diretrizes e pautas para gestão territorial urbana

⁶⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.*, p. 319.

procurando ajustar as condições sociais, econômicas, a saúde e o meio ambiente. O zoneamento ambiental, por sua vez, segue a mesma lógica.

Dessa forma, em razão da necessidade de promoção de uma harmoniosa integração entre interesses econômicos, ambientais e sociais, o zoneamento ambiental ou zoneamento ecológico-econômico aparece como a proposta de compatibilização desses interesses, como instrumento de planejamento por excelência.

De se ressaltar que o zoneamento é medida aplicada internacionalmente. A título de exemplo, cite-se o caso Espanhol, conforme ensinamento de Mateo:

Os instrumentos utilizados para a proteção do solo guardam relação com a disciplina territorial. Desta forma, se pode proibir a utilização de determinadas superfícies para fins urbanos obrigando-se a manter os usos agrícolas ou florestais, em razão da proteção da paisagem ou simplesmente para se evitar densificações excessivas. [...] A regulação do uso do espaço pode interiorizar preocupações de conservação da natureza, especialmente no que diz respeito a paragens ou áreas de singular valor estético ou ecológico, ou vir imediatamente dirigida à tutela do ambiente em sentido estrito: água ou atmosfera evitando a par, nesta direção, a deterioração do próprio solo.²³⁷⁶⁹

Destaque-se que o zoneamento ambiental, uma vez instituído, obriga todos ao seu cumprimento e observação, de modo que as propriedades, distribuídas no plano horizontal, serão destinadas conforme o uso permitido pelo zoneamento e não pela vontade do proprietário.

Verifica-se, assim, que o zoneamento condiciona o exercício de direitos e de atividades, sejam de ordem particular ou pública, ao interesse coletivo. Diferentemente do que ocorre com outros instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, dentre os quais a reserva legal e as áreas de preservação permanente, verifica-se que no caso do zoneamento ambiental pode haver sacrifício ao direito de propriedade, na medida em que o exercício deste direito estará adredemente vinculado ao plano de zoneamento. Isso ocorrerá, fundamentalmente, quando o plano de zoneamento for implementado após a ocupação e uso das terras particulares que estejam, até então, no exercício legítimo do direito, cumprindo, portanto, a sua função social.

⁶⁹ MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Ambiental*. p. 302-303. Livre tradução.

Tenha-se em conta que o zoneamento, superveniente à ocupação legítima, pode impor limites ao direito de propriedade, afetando de forma inexorável o direito subjetivo de proprietário que até então mantinham-se em uso legítimo, como no exemplo em que um indústria necessite ser desativada num determinado local. Ademais, dadas as circunstâncias fixadas no zoneamento, o direito de uso, gozo e até de disposição da propriedade podem ser afetados integralmente.

O que legitima tal afetação é o direito atribuído ao Estado de impor restrições ou obrigações para atender interesses da coletividade que se sobreponham aos dos particulares. Contudo, no caso do zoneamento, tais restrições são de caráter impessoal, portanto, dirigidas a proprietários indeterminados, impondo obrigações de caráter universalizante, em benefício do interesse coletivo. Destarte, o zoneamento pode vir a ser definido, em sua natureza jurídica, como limitação administrativa, operando externamente ao direito de propriedade ou pode vir a caracterizar-se como sacrifício de direito. De outra sorte, o zoneamento pode caracterizar-se como função social da propriedade quando for operado de forma prévia ao uso e ocupação do solo ou quando estabelecer regras que não inviabilizem o direito subjetivo dos proprietários.

Nesse aspecto, importante lembrar o conceito de limitação à propriedade. Fiorillo e Rodrigues quando tratam do zoneamento ambiental e urbano esclarecem que “ambos constituem limitações ao uso do solo particular”²³⁸⁷⁰, confirmando a conceituação de limitação administrativa estabelecida por Di Pietro:

Analisando-se as limitações administrativas à propriedade, verifica-se, inicialmente, que elas decorrem de normas gerais e abstratas, que se dirigem a propriedades indeterminadas, com o fim de satisfazer interesses coletivos abstratamente considerados ou, como diz Marcelo Caetano, para atender à ‘realização de interesses públicos abstratos, da utilidade pública ideal **não corporificada na função de uma coisa**’.²³⁹⁷¹ (grifos do original)

Importante realizar o seguinte exercício para a compreensão do assunto: uma propriedade rural qualquer, inserida em dado local do território, legitima seu proprietário a exercer o direito de propriedade, bastando, para tanto, que seja respeitada sua função social, definida no artigo 186 da Constituição da

⁷⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. p. 205.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. p. 126.

República.²⁴⁰⁷² Pois bem, instituído o zoneamento ambiental ou ecológico-econômico, essa liberdade conferida ao proprietário de usar, gozar e dispor da coisa de forma a lhe conferir um destino social, pode passar a ser limitado, restringido em nome do interesse coletivo. Neste caso, havendo, pela superveniência do zoneamento, reafirme-se, limitação do direito subjetivo de propriedade, o zoneamento poderá gerar, inclusive, conseqüências indenizatórias.

Um exemplo concreto é útil. Na suposição de haver uma dada propriedade, na qual esteja instalado um distrito portuário, devidamente licenciado ambientalmente, cumprindo a legislação regulamentar, portanto, no cumprimento da função social da propriedade, pode ter sua legitimidade de existência impugnada pela superveniência de um zoneamento ecológico-econômico que entenda, a partir de então, que o local não é adequado para destinação portuária. Nesse caso, haverá nítida invasão ao direito subjetivo do proprietário, pelo que as conseqüências definidas pelo sistema jurídico devem ser aplicadas.

Assim, enquanto que na instituição de outros instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade não há, em geral, caracterização de limitação ao direito, pois incidem antes do momento da constituição deste, já que adentram ao conceito de função social da propriedade, corporificados, portanto, na função que a propriedade manifesta, o mesmo pode não acontecer com o zoneamento ambiental, que pode invadir o direito subjetivo de propriedade de forma ilegítima ou então, pode impor limites ao direito de propriedade, mesmo àquelas propriedades que cumprem sua função socioambiental, adquirindo, nestes casos, natureza jurídica de limitação administrativa, o que é mais comum. Isso é reafirmado por Antunes:

De fato, existe Zoneamento quando são estabelecidos critérios legais e regulamentares para que determinadas parcelas do solo, ou mesmo de cursos d'água doce ou do mar, sejam utilizadas, ou não utilizadas, segundo critérios preestabelecidos. Tais critérios, uma vez firmados, tornam-se obrigatórios, seja para

⁷² BRASIL. Constituição (1988) 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”.

o particular, seja para a Administração Pública, constituindo-se em limitação administrativa incidente sobre o direito de propriedade.²⁴¹⁷³

Como limitação administrativa, as regras impostas pelo zoneamento ambiental são uma carga geral imposta a todas as propriedades, decorrentes do poder de polícia conferido ao Estado. Observe-se que se apresentam os três elementos essenciais caracterizadores do poder de polícia: (1) o elemento subjetivo caracterizado com a presença do Estado que é quem detém o poder de instituir o zoneamento; (2) o elemento finalístico caracterizado pelo interesse público que legitima a instituição do zoneamento e (3) o elemento de conteúdo caracterizado com a restrição à liberdade individual. É o que se extrai do conceito de poder de polícia dado por Mello: “a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se poder de polícia”.²⁴²⁷⁴

No caso do zoneamento ambiental ou ecológico-econômico a atividade estatal decorrente do exercício do poder de polícia tem nítido caráter preventivo em que o Estado “busca evitar que a fruição das liberdades e dos direitos privados produza lesões a direitos, interesses e bens alheios, públicos ou privados”.²⁴³⁷⁵

Caracterizada a limitação administrativa, haverá que se perquirir se tem caráter geral ou não. No primeiro caso, não há de se falar em indenização.

Observa-se finalmente que as regras instituidoras do zoneamento ambiental podem ou não impor restrições ao direito de propriedade atribuindo, ao proprietário, obrigações de não fazer, de fazer ou ainda de deixar que se faça.

3.4.3 Tombamento Ambiental

A Constituição da República garante a todos, exercício pleno de direitos culturais, definindo os bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro, aí incluídos quaisquer bens, de natureza material ou imaterial, que façam alusão à identidade, à atuação ou à memória dos grupos humanos formadores da sociedade

⁷³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.* p. 319.

⁷⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* p. 485.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* p. 385.

brasileira. Na definição dos bens integrantes do patrimônio cultural, determina o texto constitucional que devem ser considerados, dentre outros, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.²⁴⁴⁷⁶

Determina ainda a Constituição a obrigação, conferida ao poder público e à comunidade, de proteção ao patrimônio cultural, por meio de vários instrumentos, dentre os quais o tombamento.

Assim, conforme a esta altura do trabalho já foi possível conferir, a legislação constitucional e infraconstitucional prevê uma série de instrumentos de promoção ambiental, que têm como objetivo garantir um meio ambiente equilibrado, sob o ponto de vista ecológico. A mesma legislação acrescenta uma categoria de proteção ambiental, que se dá por meio do tombamento de sítios de valor paisagístico e ecológico, em razão de estes exercerem uma função vinculada aos direitos culturais, garantindo a preservação da memória e o desenvolvimento dos vínculos que ligam os grupos humanos à sua identidade com o meio.

Essa natureza de proteção ambiental está adstrita, desta forma, à preservação cultural de grupos humanos, enquanto isto se der em estreita vinculação com o meio ambiente onde esses grupos se desenvolvem. Assim, por exemplo, se uma dada comunidade sobrevive e mantém vínculos culturais, desenvolvendo-se em absoluta dependência do meio, o tombamento surge como um instrumento a garantir a perpetuação desses laços que prendem homem, meio ambiente e desenvolvimento cultural. O rompimento desses laços importaria na dissolução da identidade cultural que mantém a existência social do grupo, daí porque o tombamento, com o objetivo de preservação das culturas que mantêm

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). Art. 215. “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...] Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – [...]

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1.º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. [...]”.

vínculo íntimo com o meio ambiente.

Embora o tombamento sirva ainda como instrumento vinculado ao patrimônio cultural, capaz de preservar outros bens que não somente os ambientais, fixa-se, neste trabalho, a análise do tombamento enquanto instrumento de promoção ambiental de natureza ecológica, em razão do escopo do estudo. Assim, é possível verificar que o tombamento presta-se à preservação da natureza, exigindo-se contudo um elemento a mais que é a existência desses laços culturais que prendem grupos humanos ao meio ambiente. Faria conceitua o tombamento:

Tombamento é, pois, o ato de tombar. Esse ato é administrativo, revestido de todas as formalidades próprias que têm por finalidade distinguir os bens considerados de interesse para o patrimônio cultural do país nos três níveis da esfera administrativa. É com o tombamento que o bem adquire a condição de patrimônio cultural, para o efeito de proteção e conservação.²⁴⁵⁷⁷

Por meio do tombamento, o poder público promove a proteção de determinados bens ou sítios ecológicos, mesmo os integrantes do domínio privado, conferindo a estes determinadas restrições que dizem respeito aos efeitos do tombamento. Di Pietro esclarece quais são esses efeitos discorrendo que “esses se produzem quanto à alienação, quanto ao deslocamento, quanto às transformações, quanto aos imóveis vizinhos, quanto à conservação, quanto à fiscalização”²⁴⁶⁷⁸. Fato é que, uma vez declarado o tombamento pelo poder público, o objeto deverá estar protegido, conservado. Meirelles ensina que “as coisas tombadas, embora permaneçam no domínio e posse de seus proprietários, não poderão em caso algum ser demolidas, destruídas ou mutiladas [...]”²⁴⁷⁷⁹.

No caso do tombamento afeto aos sítios ecológicos e paisagísticos, fatalmente as restrições impostas aos imóveis que integram a área de tombamento estarão sujeitos à conservação, em que se promova a garantia da manutenção das inter-relações entre o grupo humano e o meio que o abriga, como sustentação de seu desenvolvimento cultural.

Esse vínculo, que prende o tombamento à sua natureza de bem cultural, retira do mesmo a proteção do meio ambiente por si mesmo. Logo, ao entender que

⁷⁷ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. p. 430.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p.138.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 482.

o tombamento não é instrumento adequado a proporcionar proteção às florestas nativas, há razão nas palavras de Meirelles:

Ultimamente o tombamento tem sido utilizado para proteger florestas nativas. Há equívoco neste procedimento. O tombamento não é o instrumento adequado para a preservação da flora e da fauna. As florestas são bens de interesse comum e estão sujeitas ao regime legal especial estabelecido pelo Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15/9/1965), que indica o modo de preservação de determinadas áreas florestadas [...] O mesmo ocorre com a fauna, que é regida pelo Código de Caça (Lei nº 5.197, de 3/1/1967), os quais indicam como preservar as espécies silvestres e aquáticas [...] Portanto, a preservação das florestas e da fauna silvestre há de ser feita com a criação de parques nacionais, estaduais e municipais ou de reservas biológicas, como permite expressamente o Código Florestal (art. 5º).²⁴⁸⁸⁰

Compreendido que o tombamento, enquanto instrumento de proteção do meio ambiente natural, só é adequado quando haja envolvimento cultural determinante, explica-se a razão de não haver contradição de que as áreas tombadas passem à sujeição do serviço de patrimônio histórico e não do serviço público ambiental, nos termos do Decreto-lei 25, de 1937.²⁴⁹⁸¹ Falece razão à crítica de Antunes quando assevera que “outra questão que nos parece extremamente complexa é que, com o tombamento, a área ambiental tombada passará ao regime de supervisão e controle do patrimônio histórico, o que é, evidentemente, um contra-senso”.²⁵⁰⁸²

Estabelecido o tombamento, o uso das propriedades privadas situadas nos limites da área objeto deverá respeitar as inter-relações ambientais-culturais que motivaram a declaração de tombamento, podendo vir a constituir-se como limite ao direito de propriedade ou não.

Desse modo, ainda que as propriedades constituídas no âmbito do tombamento se constituam legitimamente, cumprindo sua função social e ambiental, o tombamento pode determinar restrições ao uso da propriedade que superem a condição do cumprimento da função social, conformando aquele “plus” de função social.

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 481.

⁸¹ BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Art. 20 – “As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dobro em caso de reincidência”.

⁸² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.*, p. 662.

Diverge a doutrina no que toca à natureza jurídica do tombamento. Para uns, trata-se de limitação administrativa, para outros, servidão administrativa. Celso Antonio Bandeira de Mello entende que o tombamento é servidão administrativa, pois atinge bens concretamente determinados, há o estabelecimento de ônus real, havendo ainda uma obrigação de suportar atribuída ao proprietário, características típicas de servidão.²⁵¹⁸³

Para Di Pietro, o tombamento tem natureza jurídica de limitação administrativa, pois não há a coisa dominante a favor de quem o tombamento seria instituído, como acontece na servidão.²⁵²⁸⁴

Divergências sobre a natureza jurídica do tombamento à parte, fato é que tanto as limitações, quanto as servidões administrativas “constituem formas de limitações do Estado sobre a propriedade privada, cada uma delas atingindo o exercício desse direito de maneira mais ou menos intensa, mas sempre com o objetivo de satisfazer o interesse público”.²⁵³⁸⁵ Contudo, o tombamento não é elemento externo à propriedade como possa a princípio parecer. Marés leciona a respeito:

A resposta ou explicação ao fenômeno jurídico do tombamento e sua inserção no sistema jurídico há de se dar pela análise do próprio bem protegido, e não do ato que o reconhece. Todos os bens socioambientais, e não só os culturais, têm valor intrínseco que os diferencia dos demais, porque têm agregada a si uma qualidade que os faz excepcionais. Esta qualidade não é agregada pelo Poder Público quando declara de preservação ou o tomba, mas ao contrário, O Poder Público fica compungido a declarar sua preservação porque o bem já tinha adquirido esta qualidade ou porque é portador de referência cultural ou porque garante a biodiversidade.²⁵⁴⁸⁶

Desse ponto em diante, no aspecto que toca de perto o escopo do presente trabalho, o tombamento comporta-se de forma idêntica ao zoneamento ambiental, seguindo a lógica que já foi explanada quanto a este, ora inserido no cumprimento da função social, ora afetando o direito subjetivo do sujeito proprietário ou constituindo-se em mera limitação de direitos.

⁸³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 496.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p.142.

⁸⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *Idem*, p. 121.

⁸⁶ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. cit.* p. 27.

O DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO e os INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO AMBIENTAL

Neste capítulo serão abordados os limites da responsabilidade do Estado quando ao viabilizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, institui instrumentos de promoção ambiental que incidem sobre a propriedade.

A responsabilidade do Estado é fixada por mandamento constitucional que a circunscreve à consecução, por parte dos agentes públicos, de danos a terceiros.²⁵⁵¹ Assim, a responsabilidade do Estado é entendida como “a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.²⁵⁶²

A partir da análise dos elementos constitutivos da responsabilidade do Estado, que caracterizam quando este passa a estar obrigado a indenizar por danos que tenha provocado no exercício de suas funções públicas, far-se-á a análise do dever de indenizar que lhe é atribuído, considerando o quanto ficou já consignado nos Capítulos anteriores, seja no que toca aos limites do direito de propriedade, seja no que toca à caracterização própria de cada um dos instrumentos de promoção ambiental que nela incidem.

Identificados os elementos que devem estar presentes para a caracterização da obrigação originária que sujeitará o Estado a indenizar, identificando desde logo as situações em que o Estado estará desobrigado de tal intento, passar-se-á a analisar a responsabilidade civil do Estado perante os instrumentos de promoção ambiental, com o escopo de alcançar-se, ao final, a teorização jurídica necessária a identificar quando o Estado deve ou não indenizar restando caracterizada a obrigação indenizatória.

Ressalte-se, por relevante, que ao instituir instrumentos de promoção ambiental que irão fatalmente incidir sobre a propriedade, o Estado poderá provocar danos a direitos legitimamente constituídos, porém, em tais casos, não estará o

¹ BRASIL, Constituição (1988). Art. 37, § 6º. “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

² GANDINI, João Agnaldo Donizeti. *Responsabilidade do Estado em caso de falência do concessionário*. p.71.

Estado sacrificando direitos, na medida em que seu interesse imediato não é provocar danos; ao contrário, o interesse é melhorar a qualidade de vida das populações através de práticas de proteção ambiental.

Sendo assim, eventuais danos que o Estado venha a provocar, quando institui instrumentos de promoção ambiental, inserem-se na teoria da responsabilidade civil do Estado por ato lícito, conforme ensina Mello:

Parece-nos que só desassiste falar em responsabilidade quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder – consoante já se disse – cujo conteúdo reside especificamente em aniquilar um direito alheio, que se converterá em correlativa expressão patrimonial. Pelo contrário, caberá falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, indiretamente, como simples consequência – não como sua finalidade própria – , a lesão a um direito alheio.²⁵⁷³

Destaque-se que a doutrina não é unânime quanto à possibilidade de responsabilização do Estado quando este estiver no exercício de um ato lícito. Justen Filho aponta pela impossibilidade do Estado responder quando o dano provocado decorrer de ato legitimado pelo direito: “não se admite que um ato jurídico conforme ao direito, praticado pelo Estado de modo regular e perfeito, acarrete sua responsabilização civil – exceto quando essa for a opção explícita de uma lei”.²⁵⁸⁴

Contudo, não sendo essa a posição majoritária da doutrina e jurisprudências brasileiras, como a exemplo se pode citar o pensamento de Mello, para quem “há responsabilidade estatal tanto por atos ilícitos como por atos lícitos”²⁵⁹⁵, seguir-se-á analisando a responsabilidade do Estado pela instituição de instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, dado que do contrário, sendo como de fato o são, exercício lícito, a discussão poderia ser encerrada por aqui.

Cumprindo ainda observar que a teoria da responsabilidade civil do Estado está calcada na concepção de que como o Estado não age em nome próprio, mas no interesse exclusivo da coletividade não é “equânime, portanto, que apenas algum

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 949.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. p. 798.

⁵ MELLO, C. A. B. de. *Idem*, p. 975.

arque com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos".²⁶⁰⁶

Porém, não parece de igual sorte eqüitativo para com a coletividade que o Estado utilize-se de recursos públicos para indenizar danos a direitos não legitimados pelo ordenamento jurídico. Daí porque a necessidade de se verificar o que integra de fato o patrimônio indenizável que possa estar sujeito a danos a serem praticados pelo Estado quando institui instrumentos de promoção ambiental.

4.1

Elementos constitutivos da Responsabilidade Civil do Estado

A Responsabilidade Civil, inclusive a atribuída ao Estado, está ligada à concepção de obrigações jurídicas, em que o sistema jurídico, ao atribuir direitos aos sujeitos, opõe, na exata razão inversa, deveres e obrigações.

Da teoria das obrigações, extraem-se as relações jurídicas que, ao voltar-se à consecução da realização dos direitos conferidos pelo sistema jurídico, impõe comprometer-se por parte do sujeito obrigado, voltados a (1) fazer algo em favor do sujeito de direitos, (2) omitir-se em alguma ação em favor daquele ou, ainda, (3) permitir que alguma ação seja realizada.

No caso das questões ambientais, que tocam de perto ao escopo do presente trabalho, o sujeito de direitos é identificado na coletividade, a quem é garantido o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O sujeito obrigado, constitucionalmente, ao estabelecimento de instrumentos de promoção ambiental, especificamente no caso daqueles que incidem sobre a propriedade, é o Estado.²⁶¹⁷ Assim, ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, poder-se-ia dizer

⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 952.

⁷ BRASIL, Constituição (1988). Artigo 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. §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: [...] 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; [...]".

que corresponde a obrigação, conferida ao Estado, dentre outras, de instituir instrumentos de promoção ambiental.

Entretanto, quando, no cumprimento dessa obrigação que lhe é confiada, o Estado institui instrumentos de promoção ambiental que recaem sobre a propriedade, insere-se naquela relação jurídica inicial, instaurada entre coletividade e Estado, um terceiro sujeito, o proprietário.

É nesta dimensão que a questão ganha em complexidade, eis que entre Estado e proprietário não existe uma mera relação de direitos e obrigações, em que um detém direitos e o outro, obrigações. Conforme anotado no Capítulo 2, a propriedade, com a inserção do princípio da função social, não se constitui por uma relação obrigacional simples. Proprietário tem direitos subjetivos, mas detém fundamentalmente obrigações relativas ao cumprimento da função social da propriedade.

Por outro lado, o Estado (1) representa a coletividade no direito de ter as propriedades cumprindo sua função social; (2) tem o direito de promover instrumentos de promoção ambiental, ainda que incidam sobre a propriedade; (3) tem obrigações relativas ao respeito ao direito subjetivo do proprietário e (4) detém obrigações de promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado através da instituição de instrumentos de promoção ambiental.

Nessas inter-relações de direitos e obrigações recíprocas e, sobretudo complexas, insere-se a questão da responsabilidade do Estado, adstrita que está à circunstância de que todo direito violado de que decorram danos ao seu titular importa em responsabilização do sujeito obrigado.

Assim, ao tempo em que a coletividade tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para o qual a instituição de instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade é de fundamental importância, o Estado tem o dever de instituir esses instrumentos, sob pena de responsabilização pela não consecução do direito em favor dos legitimados.

Do mesmo modo, ao tempo em que o Estado tem o direito de instituir instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, há a correspondente obrigação do proprietário em deixar que se faça.

Ademais, a esse dever de deixar que se faça, atribuído ao proprietário, corresponde não só um direito, mas também um dever imposto ao Estado de não

violação ao direito subjetivo do proprietário, considerando, por certo, os limites desse direito, conforme já explanado no Capítulo 2.

Estabelece-se, assim, uma relação obrigacional de alta complexidade. A coletividade tem um direito que exerce sobre o Estado que, de sua vez, exerce sobre a propriedade de um proprietário que devolve ao Estado um dever de respeito ao limite, sob pena de responsabilização.

Observe-se que numa relação jurídica comum, o sujeito A tem direitos para com o indivíduo B que tem deveres a ser cumpridos com relação ao sujeito A.

Na relação jurídica que envolve meio ambiente e propriedade, o sujeito A tem direitos e o sujeito B exerce seus deveres sobre um sujeito C que passa, então, a participar da relação jurídica, com direitos e deveres.

Nessa teia de relações jurídicas que envolvem direitos e deveres, um direito violado que gere danos ao seu titular, impõe conseqüências reparatórias, conforme a sentença de Rizzardo: “sempre que se ordenar uma obrigação e se garante um direito, deve o transgressor responder por seus atos e assegura-se ao lesado a competente reparação”.²⁶²⁸

Destaque-se que o foco que se pretende atribuir ao presente trabalho é dirigido a compreender o papel do Estado na figura de transgressor do direito violado do proprietário mas, também, parte do pressuposto de que a obrigação reparatória do Estado nem sempre existe, afigurando-se muitas vezes uma mera aparência de obrigação que, em realidade, não havida, na medida em que nem sempre que o Estado institui um instrumento de promoção ambiental incidente sobre a propriedade viola direitos e causa danos ao seu titular, conforme já se teve ocasião de apontar.

Nesse contexto, é fato que a responsabilidade civil opera com base em uma estrutura que perpassa por pressupostos de sua caracterização e por fases seqüenciais, cuja compreensão é de fundamental importância para sua apreensão.

Esses pressupostos de caracterização se dão numa estruturação seqüencial passando por diversas fases: (1) com a norma que prevê o direito e, conseqüentemente, a sua não violação; (2) o ato violador do direito; (3) o dano causado com a violação e os efeitos resultantes do fato danoso circunscritos à

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406 de 10.01.2002*. p. IX.

pretensão da vítima e a obrigação do agente causador e, por fim, (4) o ressarcimento do dano.

A abordagem do presente capítulo circunscrever-se-á ao título: dever de indenização do Estado pela instituição de instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, considerando que afora os casos de exclusão de danos, a responsabilidade do Estado tem como fundamento, além da solução de conflitos interpessoais, a limitação dos poderes do Estado, protegendo a esfera de interesses dos administrados na consecução do princípio do Estado Democrático de Direito, conforme ensina Loureiro Filho:

Conclui-se, destarte, que da unicidade do poder estatal decorre a responsabilização e que esta, ao contrário daquela, prevista no direito privado, possui mais do que meio técnico para composição de conflito, constituindo, além de valioso meio de aperfeiçoamento destinado ao bom funcionamento da Administração, verdadeira forma de autolimitação jurídica do poder, ultrapassando o plano jurídico e adentrando na seara política. O instituto da responsabilidade pública representa, assim, verdadeiro pressuposto do Estado Democrático de Direito (ou melhor, de Justiça).²⁶³⁹

Assim, verificar-se-ão em que situações figurará a obrigação do Estado em indenizar o proprietário diante da instituição de instrumentos de promoção ambiental que afetem a propriedade.

4.1.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado

Faz-se importante caracterizar os pressupostos da responsabilidade civil do Estado para que, ao final, se possa alcançar o regramento relativo ao ressarcimento dos danos perpetrados em face do proprietário.

Antes, há que se lembrar que a idéia de responsabilidade civil está adstrita ao significado da palavra responsabilidade que, pela etimologia do vocábulo, significa a “obrigação geral de responder pelas conseqüências dos próprios atos ou

⁹ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária*. p. 47.

pelos de outros ou a obrigação legal de reparar dano causado a outrem”.²⁶⁴¹⁰ Segundo Baptista, a responsabilidade civil significa “a obrigação de ressarcir danos e sujeitar o infrator às sanções da lei ou do contrato”.²⁶⁵¹¹

Destaque-se que a responsabilidade civil decorre, invariavelmente, de uma relação jurídica obrigacional, contratual ou não, em que ocorre a transgressão do dever previsto na norma ou “lesão de interesse juridicamente protegido, em que um dos sujeitos é a vítima, titular do direito subjetivo à reparação (pretensão), e o outro sujeito é o causador do dano material ou moral, com o dever jurídico obrigacional (obrigação)”.²⁶⁶¹²

Extraem-se assim, do conceito de responsabilidade civil, seus pressupostos, ou seja, os requisitos que devem estar presentes na relação jurídica entre vítima e causador do dano, necessários à constituição da obrigação ressarcitória. Baptista aponta quatro pressupostos:

A nosso ver, os pressupostos da responsabilidade civil são quatro: (1º) o fato jurídico antecedente, lícito ou ilícito; (2º) o dano ou fato jurídico danoso; (3º) o nexo de causalidade entre o fato antecedente e o dano e (4º) a imputação de responsabilidade ao sujeito causador ou a terceiro.²⁶⁷¹³

Aplicando-se a teoria ao caso objeto de estudo, tem-se que o fato jurídico produzido pelo Estado é a instituição do instrumento de promoção ambiental que incidirá sobre a propriedade e sua concreta aplicação, conforme abaixo se analisará.

O dano perpetrado pelo Estado diz respeito à afetação do direito subjetivo de propriedade que impeça o proprietário sob qualquer forma de dar àquela uma função social conforme sua vontade. Importante destacar que somente haverá dano produzido pelo Estado a direito legítimo do proprietário. Nesse aspecto importante colacionar a lição de Baptista para quem “inexistindo dano, não haverá responsabilidade civil, ainda que haja ação ou omissão definida pela norma como uma ilicitude”.²⁶⁸¹⁴

No que toca à responsabilidade do Estado, vale trazer os ensinamentos do Mello quando se refere ao dano indenizável:

¹⁰ DICIONÁRIO LAROUSSE ilustrado da língua portuguesa, p. 802.

¹¹ BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano: de acordo com o novo código civil brasileiro*. p. 61.

¹² BAPTISTA, Silvio Neves. *Op. cit.* p. 63.

¹³ BAPTISTA, S. N. *Idem*, p. 65.

¹⁴ BAPTISTA, S. N. *Idem*. *Ibidem*.

Para que nasça o dever público de indenizar é mister que o dano apresente certas características. A primeira delas é que o dano corresponda à lesão a um direito da vítima. Quem não fere direito alheio não tem por que indenizar. Ou, dito pelo reverso: quem não sofreu gravame em um direito não tem título jurídico para postular indenização. Isto é, importa, como disse Alessi, dantes citado, que o evento danoso implique, **ademais de lesão econômica, lesão jurídica.**²⁶⁹¹⁵ (grifos nossos)

O terceiro requisito é a verificação do nexos de causalidade, constituído pelo ato praticado por alguém que gera uma conseqüência. Segundo Baptista “no que respeita à teoria da responsabilidade civil, o nexos causal é a relação de causa e efeito entre o fato do agente e o resultado dano, ou seja, o fato antecedente constitui a causa do efeito dano”.²⁷⁰¹⁶

Essa relação de causalidade, para ser caracterizada, depende de que o dano seja conseqüência direta ou indireta da causa, ou seja, do ato praticado pelo Estado ao instituir o instrumento de promoção ambiental, “bastando que se demonstre que o dano não existiria se o fato antecedente não tivesse ocorrido”.²⁷¹¹⁷ Assim, no exemplo em que o Estado cria uma Área de Proteção Ambiental (sem estabelecer nenhum grau de restrição a uso) e, em razão disso, o proprietário, por espontânea vontade, resolve não utilizar mais agrotóxicos em sua produção, provocando a este ônus, na medida em que sua produção será onerada e seus lucros diminuídos, haverá ausência de nexos causal na exata medida em que não foi o Estado que suspendeu a utilização do agrotóxico e portanto, não provocou nenhum ônus.

Finalmente, o último requisito diz respeito à imputabilidade do Estado, traduzida “na atribuição de poder ou dever a alguém para responder por determinado fato jurídico. No campo da responsabilidade civil é a aptidão para ser sujeito do dever de reparação”.²⁷²¹⁸ Desta sorte, sempre que o Estado provocar danos ao direito de propriedade de um sujeito estará sujeito à reparação do dano, sem se cogitar no elemento subjetivo culpa, na medida em que a responsabilidade do Estado é objetiva, conforme ensina Mello: “no que atina às condições para

¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 974.

¹⁶ BAPTISTA, Silvio Neves. *Op. cit.*, p. 66.

¹⁷ BAPTISTA, S. N. *Idem. Ibidem.*

¹⁸ BAPTISTA, S. N. *Idem.* p. 68.

engajar responsabilidade do Estado, seu posto mais evoluído é a responsabilidade objetiva, a dizer, independente de culpa ou procedimento contrário ao Direito”.²⁷³¹⁹

A responsabilidade objetiva também é chamada de responsabilidade pelo risco administrativo que independe de comportamento censurável juridicamente ou, ainda, falta de serviço, funcionamento inadequado ou atrasado. Basta a verificação do nexo de causalidade entre um ato produzido pelo Estado e o resultado danoso provocado sobre o direito, no caso do presente estudo, do proprietário. É o que se extrai de Mello para quem “saber-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. Relevante é a perda da situação juridicamente protegida. Este só fato já é bastante para postular a reparação patrimonial”.²⁷⁴²⁰

4.1.2

A norma que prevê o direito e, conseqüentemente, a sua não violação

Voltando-se ao objeto de estudo definido no título da presente dissertação, tem-se que há uma norma jurídica voltada à garantia da propriedade privada que, de sua vez, deve cumprir sua função social.

A problemática envolvida no direito de propriedade, determinando seu conteúdo e alcance foi descrita no Capítulo 2 que, em máxima síntese, concluiu que o sistema jurídico brasileiro garante o direito de propriedade com a qual não se confunde. A propriedade (objeto do direito), sendo assim, vincula um regime de direito subjetivo em relação ao proprietário, além de um regime de obrigações com relação a ele, traduzidas na função social da propriedade.

Trata-se, assim, de conceituar a propriedade como um direito e como uma função social, operando simultaneamente, sobre o mesmo objeto.

É esse direito-função da propriedade que é objeto da norma jurídica que prevê o direito e, conseqüentemente, a sua não-violação, constituindo o primeiro *iter* da estrutura seqüencial da responsabilidade civil que se liga ao assunto ora tratado.

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 952.

²⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 965.

De se destacar, no que toca a esse primeiro elemento, a função determinante da norma para o sistema da responsabilidade, na medida em que é a norma jurídica, considerada na sua acepção existencial, seja quando expressada no corpo normativo do sistema jurídico, seja quando decorre de um apanhado de princípios que preenchem e uniformizam o sistema jurídico, que irá constituir as obrigações das quais decorre o dever ressarcitório. Diniz define a norma jurídica como um imperativo autorizante:

A norma jurídica é imperativa porque prescreve as condutas devidas e os comportamentos proibidos e, por outro lado, procura assegurar de modo efetivo o fato de que não se realizem as condutas obrigatórias e o fato de que não se produzirão os comportamentos vedados, pois é autorizante, uma vez que autoriza o lesado pela sua violação a exigir o seu cumprimento, a reparação do dano causado ou ainda a exigir a reposição das coisas ao estado anterior.²⁷⁵²¹

Portanto, os elementos atinentes à norma que devem ser analisados são: (1) conduta devida; (2) comportamentos proibidos; (3) ações possíveis por parte do sujeito lesado: exigir o cumprimento da norma, exigir a reparação do dano causado e exigir que as coisas retornem ao seu *status quo ante*.

Assim, a norma que define o direito-função da propriedade prescreve a conduta, por parte do Estado, circunscrita a obrigação a este atribuída de não violar o direito subjetivo do proprietário consistente na gestão do território que lhe é objeto de domínio, no exercício de sua vontade, voltado a promover o social, como única vontade permitida, conforme já se teve ocasião de analisar em capítulo anterior.

De outra sorte, aparece como comportamento lícito do Estado intervir na propriedade para lhe declarar uma função socioambiental específica através dos instrumentos de promoção ambiental que passam a vincular o direito subjetivo do proprietário e portanto sua vontade como se anotou também nos capítulos que a este antecedem.

Como comportamentos vedados, afiguram-se tanto o abuso do direito-função de propriedade, praticado pelo proprietário, quanto a invasão ilegítima ou excessiva, pelo Estado, do direito subjetivo de propriedade. Entretanto, são vedações de ordens absolutamente diversas.

²¹ DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. p. 143.

Ao proprietário há uma vedação que se poderia denominar de substancial ou essencial, na medida em que o direito de propriedade somente se constitui se e quando não houver a violação à função social da propriedade. Fora disso, o direito se desconstitui, se deslegitima, sendo que não há nenhuma exceção que garanta a qualquer proprietário exercer seus direitos fora da função social da propriedade, ainda quando ela sirva de instrumento a garantir a subsistência individual e familiar, na sua função individual, pois, neste caso, o individual é protegido, ou melhor, está contido no social, tendo em vista que garante a promoção da dignidade da pessoa humana. Assim, a vedação de descumprimento da função social está na substância do direito, constituindo-a, estabelecendo sua essência.

Já o Estado tem um impedimento de violar o direito subjetivo do proprietário, ao tempo em que encontra este direito como limite de ação sem consequência. Contudo, por ser este um direito individual, ele pode vir a sucumbir perante direitos ou interesses coletivos prevalentes. Nesse caso, verifica-se que não há uma vedação de essência impedindo o Estado de violação. Ao Estado há uma vedação que se poderia denominar de periférica, portanto, não-essencial. Há apenas um limite, fixado nos contornos da reparação. Em última análise, significa dizer que o Estado pode violar o direito subjetivo do proprietário para promover o meio ambiente, desde que promova a reparação de eventuais direitos lesados. É o que Baptista irá denominar de dano lícito quando adverte que “os fatos jurídicos lícitos *lato sensu* (atos e atos-fatos lícitos) podem eventualmente gerar o dano lícito”.²⁷⁶²²

Assim, verifica-se que o proprietário não pode descumprir a função social, conforme consignado no Capítulo 2. Já o Estado, em última análise, está autorizado a violar o direito subjetivo do proprietário, estabelecendo aquele “plus” de função social, tendo que arcar com as consequências desse ato, reparando por eventuais danos provocados. Por isso se disse que a vedação conferida ao Estado de não-violação ao direito subjetivo não é de essência, já que, em nome da promoção do interesse coletivo, está o Estado autorizado a violar o direito individual.

²² BAPTISTA, Silvio Neves. *Op. cit.*, p. 44.

4.1.3

O ato violador do direito subjetivo do proprietário

O segundo elemento estrutural da responsabilidade do Estado é o ato estatal específico que, ao promover o meio ambiente, poderá produzir a violação sobre o direito subjetivo do proprietário. Na lição de Baptista:

Isoladamente, a norma não produz eficácia jurídica alguma. Ao realizar-se o suposto jurídico (ou suporte fáctico hipotético), dá-se o fato jurídico pela incidência da norma, e só daí surgem os efeitos ditados por ela. O vínculo do dever ser reside entre o fato jurídico e a consequência. A relação formal de implicação não existiria sem o fato jurídico. Ou seja, a norma jurídica cria hipoteticamente o nexu, todavia, o vínculo somente se opera quando se dá o fato jurídico.²⁷⁷²³

Assim, a norma jurídica que prevê o direito-dever do Estado instituir instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, por si só, não é capaz de produzir efeitos. Faz-se necessário que haja a ação concreta do Estado, ou seja, o fato jurídico, que desencadeie a consequência.

Conforme foi visto no Capítulo 3, que trata dos Instrumentos de Promoção Ambiental incidentes sobre a propriedade, pode-se verificar que todos eles decorrem de uma previsão normativa que lhes confere existência e que lhes conformam a eficácia, instrumentalizando-os.

Alguns produzem ou deveriam produzir efeitos pela só existência da lei, como é o caso das áreas de preservação permanente e a reserva legal. Outros dependem de um ato declaratório do poder público que os institua, como é o caso das unidades de conservação e do tombamento, por exemplo.

No primeiro caso, ou seja, dos espaços territoriais especialmente protegidos pelo só efeito da lei, inserem-se no conteúdo da função social da propriedade, obrigando o proprietário, desde logo. Nesse contexto, não há falar-se de fato jurídico a ser produzido pelo Estado afetando o direito de propriedade. Assim, quando o Estado age para obrigar o proprietário a recuperar as áreas de preservação permanente, o faz para coibir o uso abusivo do direito que o proprietário exerce para além de sua legitimidade, não se constituindo em fato jurídico desencadeador de danos a direitos de propriedade.

²³ BAPTISTA, S. N. *Idem.* p. 31.

Quanto aos demais instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, dentre eles, as unidades de conservação, impedimento de utilização ou exploração de espécies da flora e fauna, corredores ecológicos, zonas de amortecimento, zoneamento e tombamento, invariavelmente se verificará um ato administrativo, produzido pela autoridade competente, instituindo o instrumento.

Desse ato administrativo já deverão constar alguns indicativos sobre sua natureza jurídica e como operará sobre o direito de propriedade. Entretanto, somente os atos concretos praticados pelo Estado, por meio de atos administrativos, portanto, na implementação desses instrumentos é que irão constituir o fato jurídico necessário à caracterização de afetação ao direito subjetivo de propriedade, quando for o caso.

Faz-se imprescindível, portanto, avaliar as ações efetivas do Estado na implementação do instrumento de promoção ambiental para que se possa avaliar se há algum tipo de restrição indevida ao direito subjetivo de propriedade.

4.1.4

A caracterização do dano provocado pela ação estatal

O terceiro elemento que constitui a responsabilidade civil está centrado no dano provocado a alguém que venha a caracterizar a perda ou danificação de alguma coisa. Baptista conceitua o dano como sendo “o fato jurídico gerador da responsabilidade civil, em virtude do qual o ordenamento atribui ao ofendido o direito de exigir a reparação, e ao ofensor a obrigação de repará-lo”.²⁷⁸²⁴

Com a ocorrência do dano haverá conseqüentemente um decréscimo no patrimônio do sujeito lesado. Atente-se que por “patrimônio”, da forma como aqui se pretende tratar, deve ser entendido todo o conjunto de direitos que integram a titularidade de um sujeito e que lhes conferem um estado valorativo apreciável economicamente ou não. Da lição de Freitas:

Em termos simples, pode-se dizer que o dano corresponde a qualquer diminuição do patrimônio. Todavia, inclina-se a doutrina mais moderna a dar ao termo dano

²⁴ BAPTISTA, Silvio Neves. *Op. cit.*, p. 43.

um significado mais amplo, de forma que venha a abranger qualquer diminuição ou subtração de um bem jurídico.²⁷⁹²⁵

Aqui há que se abrir um parêntesis para esclarecer que, no Direito Civil, a noção de patrimônio sempre esteve conectada à noção de apreciação econômica, conforme ensina Fachin: “A atual definição jurídica de patrimônio traz em seu bojo a idéia de complexo de direitos e obrigações apreciáveis pecuniariamente”.²⁸⁰²⁶

Não é por acaso que a jurisprudência pátria segue esse raciocínio de perda econômica quando trata de reparação a direitos lesados, como se somente o patrimônio econômico fosse objeto de lesão, como o fez no seguinte julgado:

PRESERVAÇÃO PERMANENTE. COBERTURA VEGETAL. ÁREA DE RESERVA LEGAL. INDENIZAÇÃO. MP 2.027-40/2000. APLICABILIDADE. INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA.

1. As matas de **preservação permanente**, por serem insuscetíveis de exploração econômica, não são objeto de **indenização** em sede de ação desapropriatória. Precedentes.
2. Inexistindo prova de exploração econômica dos recursos vegetais, não há por que cogitar de **indenização** em separado da cobertura florística. Precedentes.
3. A área desapropriada correspondente à parcela destinada à reserva legal é indenizável, todavia por um valor inferior àquele pago à área livremente explorável. Precedente. [...].²⁸¹²⁷

Assim, afóra outras considerações que mereceriam o julgado citado, o que se fará mais à frente, verifica-se que os Tribunais se atêm à concepção de perda econômica para fixar a noção de dano, mormente sobre a propriedade, como se a função econômica da propriedade fosse a única afetação possível. Por ora, não se está adentrando à questão de fundo, ou seja, sobre a circunstância de que as áreas de preservação permanente constituem cumprimento obrigatório, inserto no princípio da função social da propriedade. Verifique-se que o julgado sequer abordou a questão da função social. Ateve-se, exclusivamente, à lógica da perda econômica. Onde não era possível a perda econômica, não houve caracterização de dano, logo não há reparação a ser feita, já que o “patrimônio” do sujeito não teria sido afetado. Sob um ou sob outro enfoque, verificar-se-á que o equívoco permanece.

²⁵ FREITAS, Vladimir Passos. *Direito administrativo e meio ambiente*. p. 22.

²⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. p. 59

²⁷ REsp 403571 / SP . RECURSO ESPECIAL 2001/0187911-0. Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Julgamento: 04/08/2005 publicado no DOU em 29/08/2005. Consulta efetuada no site www.stj.gov.br, em 26 de novembro de 2006, às 15 horas e 12 minutos.

Não obstante, a doutrina mais moderna situa além da perda econômica a afetação aos bens jurídicos atinentes à personalidade na noção de dano, que passou a englobar o conjunto das perdas em geral, conforme leciona Baptista:

A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. O termo latino *damnum* foi usado pelos escritores com diversas acepções. Durante certa época, significou apenas a lesão patrimonial sofrida por uma pessoa, enquanto a palavra *injúria* era a lesão a algum bem da personalidade do homem. Depois, passaram a ter o mesmo significado: todo *damnum* era uma *injúria*, toda *injúria* era um *damnum*. [...] Hans Ficher define o dano como 'todo prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa da lesão' [...].²⁸²²⁸

Assim, é preciso considerar o significado dos danos, em sua ampla acepção, para o entendimento do que está compreendido na esfera dos danos lícitos provocados sobre o patrimônio do sujeito, pelo Estado, no intuito de promover a qualidade de vida e o meio ambiente.

Verifique-se, assim, que sob a ótica de afetação ao direito difuso, consistente no meio ambiente ecologicamente equilibrado, a melhor interpretação que se possa fazer quanto aos decréscimos "patrimoniais" ligados a tais direitos, como é o caso do meio ambiente, não importa tanto a valoração econômica, o valor em pecúnia do direito afrontado, quanto a circunstância de que há um direito que integra o patrimônio imaterial de um sujeito. Isso, ainda que se trate de um sujeito difuso (da coletividade) e que tem valor absoluto em si mesmo, ainda que não representado economicamente, ou melhor, em que a representação econômica não é a mais importante.

De se observar que a eliminação definitiva de uma espécie ameaçada de extinção, por exemplo, provocada por danos que tenham sido perpetrados por um proprietário privado no uso abusivo de seu direito de propriedade, não se resolve simplesmente pela fórmula de um decréscimo econômico no patrimônio do titular lesado, no caso, a coletividade, passível de reparação pecuniária. Não há solução econômica que dê azo a resolver o problema causado pelo fato de uma espécie ter sido extinta em definitivo. Veja-se a respeito a lição de Freitas:

Imagine-se o dever de reparar o corte de uma árvore tombada pelo município em

²⁸ BAPTISTA, Silvio Neves. *Op. cit.*, p. 44.

razão de sua beleza. Em primeiro momento a condenação pode exigir o plantio de árvore da mesma espécie. Em seguida, agora a título de indenização, é possível estimar o valor da madeira tomando por base o seu preço na indústria de móveis. Mas, evidentemente, isso não cobre o dano ambiental, pois a árvore certamente servia para dar sombra às pessoas, purificar o ar e tornar o local mais aprazível. Como avaliar tais aspectos?²⁸³²⁹

Entretanto, não se deve perder de vista que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na parcela em que aquela espécie sob ameaça de extinção representa ou da árvore tombada no exemplo de Feitas, foi violado, importando um decréscimo no que se pretende chamar de patrimônio do titular do direito (a coletividade) sujeito, portanto, à reparação.

É nesse contexto que se deve ter em conta a expressão patrimônio quando empregada no presente capítulo, quer seja, o conjunto de valores materiais ou imateriais positivos que estão compreendidos na esfera de subjetividade de um sujeito determinado ou não, ainda que um sujeito coletivo.

Essa linha de raciocínio implica imprimir importância a valores e direitos, mais do que a bens economicamente apreciáveis, contidos na esfera de titularidade de um sujeito, na medida em que tais valores e direitos têm o escopo de promover o ser humano como tal em sua essência, dignidade e existência.

Assim, não parece duvidosa a compreensão de que quando o Estado, ao imprimir a promoção ambiental sobre o território, naquele “plus” de função social, invade o direito subjetivo de propriedade de um sujeito, pode lhe provocar danos que não estão contidos propriamente no valor econômico da propriedade. Esses danos provocados, em verdade, afetam o direito subjetivo, que não se circunscreve ao valor da propriedade, até porque, não é a propriedade que sofre dano, mas o direito subjetivo que se vincula a ela.

A separação que se deve realizar entre direito de propriedade e propriedade propriamente dita é essencial para a compreensão do que aqui se propõe. Ora, a propriedade absoluta do liberalismo, era em si mesma garantida como direito, de modo que as noções de propriedade e direito de propriedade se confundiam.

A inserção da função social da propriedade, transformando-a em direito-função, constituiu a separação entre propriedade e direito de propriedade, sendo que é a propriedade que deve cumprir uma função social e que é o proprietário o agente

²⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. p. 182.

legitimado pelo sistema jurídico a realizar as ações necessárias ao cumprimento da função social. Assim, o vínculo entre propriedade e proprietário somente é mantido quando este faz com que a propriedade cumpra sua função.

Promovendo-se essa separação, fica fácil compreender qual é o dano provocado pelo Estado quando promove o meio ambiente através de instrumentos que incidem na propriedade. Assim, se as ações estatais se dão sobre a propriedade, eventual reparação de danos se dará sobre esta. Contudo, se as ações estatais se dão provocando danos não à propriedade, mas ao direito subjetivo de propriedade, é este que merecerá reparação.

Assim, quando o Estado desapropria, ele corta o vínculo entre proprietário e propriedade, para vinculá-la a si. Como a Constituição garante aquele vínculo, caberá indenização pela propriedade. O mesmo acontece quando ocorre danos materiais na propriedade provocados por ações estatais.

O mesmo não acontece, entretanto, quando, ao promover o meio ambiente, ocorra uma afetação necessária da propriedade privada. Esta se mantém íntegra. Não há qualquer quebra de vínculo entre proprietário e propriedade, já que o proprietário continua a exercer sobre ela todos os seus poderes. O proprietário poderá continuar a usar, a gozar a e a dispor da propriedade, ainda que diferentemente da égide da sua vontade. Por outro lado, a propriedade não é danificada, não há uso público ou pelo público da mesma. Ao contrário, a propriedade passa a ser mais bem protegida, sustentando, no tempo, todos os bens ambientais que ela abriga e que se tornaram objeto de proteção.

Para clarificar a idéia, vale lembrar o conceito de propriedade que a diferencia do direito de propriedade. Para tanto invoca-se Rodotà:

Pode-se definir propriedade como o estado de sujeição de uma *res* à potestade de autonomia privada e, concretamente, na esfera desta última, formada pelos poderes dispositivos de alienação e aquisição. Dito mais simplesmente e objetivando a fórmula de Erwin Siedl, a propriedade é a situação real de disponibilidade no âmbito da autonomia privada ou pública.²⁸⁴³⁰

Assim, resta claro que não se pode confundir a coisa (*res*) sujeita à potestade com a própria potestade, ou seja, com os poderes conferidos ao

³⁰ RODOTÀ, Stefano. *El Terrible Derecho: Estudios sobre la propiedad privada*. p. 259. Livre tradução.

proprietário, ainda que vinculados, como o estão, à função social que deve ser empreendida sobre a coisa.

Assim, no exemplo em que o Estado promove um corredor de biodiversidade, não há danos na propriedade, ao contrário, a mesma passa a estar mais bem protegida, na medida em que estão sendo conservados os recursos naturais que nela existem ou quando muito, pode-se dizer que, nesses casos, o Estado limitou-se a dar uma outra função social que não aquela necessariamente querida pelo proprietário, de modo que danos sobre a propriedade não há. Desta forma, resta claro que o que sofre dano, em verdade, é o direito de propriedade, consubstanciado naquela parcela de direito subjetivo que o proprietário detém, no exercício de sua vontade individual, em promover o social. Desse modo, se o corredor de biodiversidade que passa a ser constituído sobre a propriedade impede que o proprietário utilize aquela parcela da propriedade na produção de gêneros alimentícios, por exemplo, não é a propriedade que sofre danos, pois continua intacta. É o direito do proprietário de utilizar-se da propriedade na consecução social da produção de alimentos, atendendo à sua vontade, que é afetado, na medida em que ele deverá promover, de forma vinculada, uma outra forma de função social, agora ligada à preservação do meio ambiente, ainda que contra a sua pretensão.

É nessa supressão da vontade individual voltada a objetivos coletivos que residem, portanto, eventuais danos, de forma que é sobre o direito de propriedade afetado que reside a obrigação reparatória. Nesse aspecto, a reparação do dano aproxima-se muito mais do dano moral do que do dano material. Por certo que tal afetação ao patrimônio moral do sujeito repercute economicamente, vez que o lucro extraído do uso anterior conferido à propriedade será diminuído ou até inviabilizado. Contudo, não se pode perder de vista que essa perda econômica é decorrência daquele direito subjetivo e não permanece no mundo jurídico isoladamente como se estivesse acima do conteúdo real do direito de propriedade. Assim, ainda que haja perda econômica, mas não ocorra aquela afetação ao direito subjetivo, não haverá danos indenizáveis. Veja-se a lição de Mello:

O dano juridicamente reparável nem sempre pressupõe um dano econômico. Pode ter havido única e exclusivamente um dano moral. Um ato lesivo ao patrimônio moral de outrem às vezes acarreta conseqüências econômicas detrimntosas para o agravado, ao passo que outras vezes não terá este efeito. Em uma e outra

hipóteses, entretanto, é cabível a responsabilização por dano moral.²⁸⁵³¹

Reafirme-se mais uma vez que a norma que garante o direito de propriedade avaliza, em verdade, o direito subjetivo do proprietário no exercício de sua vontade individual em promover o social. Deste modo, não se pode deixar de ter em conta que quando o Estado agencia um instrumento de promoção ambiental sobre a propriedade, alcançando aquele “plus” de função social que em alguns momentos impede que o proprietário exerça seu direito subjetivo, na plenitude conferida pela norma, não há desapropriação, vez que o domínio não lhe é retirado, nem danos são provocados à propriedade.

Assim, deve ser tomado em conta, o que de fato é afetado: a propriedade ou o direito subjetivo de propriedade.

A propriedade, em si mesma, no contexto em que se vem discutindo, somente é afetada quando há expropriação, ou seja, quando ocorra quebra do vínculo entre propriedade e proprietário ou quando há danos materiais provocados pelo Estado. Dessa forma, quando o Estado cria um Parque Nacional, por exemplo, promovendo a proteção do meio ambiente, mas ao mesmo tempo retirando o domínio do proprietário, estará afetando a propriedade, em seu vínculo jurídico com o proprietário, daí decorre a indenização.

Por outro lado, quando o Estado causa um dano à propriedade, como, por exemplo, a realização de uma obra que venha a causar estragos, também deve o Estado ressarcir o proprietário na justa medida desses danos, uma vez que estes afetam à propriedade provocando-lhe danos materiais.

Entretanto, quando o Estado promove o meio ambiente sem retirar do proprietário a propriedade, como é o caso de vários instrumentos de promoção ambiental que sobre ela incidem, conforme anotado no Capítulo antecedente, tem-se que ter em conta que não é a propriedade que será afetada. Não entra nesse cálculo, portanto, o valor integral de mercado da terra ou dos bens naturais que sobre ela existem.

O que de fato poderá estar sendo afetado é o valor atribuível ao sacrifício que o direito subjetivo venha a sofrer, quando o proprietário seja impedido, em função daquele “plus” de função social que incidiu em sua propriedade, de promover

³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 976.

o social, conforme melhor lhe parecia acertado. O dano que possa ser praticado pelo Estado não afeta a coisa em si (a propriedade), passível de reparação material, mas essa subjetividade garantida pelo direito de propriedade. A partir daí, caracterizada essa afetação ao direito subjetivo, poder-se-á adentrar as perdas materiais sofridas pelo proprietário, sujeitas à reparação. No entanto, o que se há de caracterizar em primeiro lugar é a afetação inexorável e absoluta do direito subjetivo.

Assim, é possível verificar que essa primeira esfera de afetação, a do direito subjetivo, se comporta de uma forma muito parecida com o dano moral ou extrapatrimonial, que não tem uma expressão econômica em si mesmo.

Ao se falar de afetação absoluta ao direito subjetivo, que no uso de sua vontade individual tem o proprietário de promover o social provocando-lhe danos, está compreendida a idéia de que o proprietário, por uma ação do Estado, está sendo frustrado na sua ação como interventor privado em favor da coletividade, o que lhe atinge o foro íntimo, a sua mais profunda subjetividade. Como toda afetação de caráter moral ou extrapatrimonial, não há a caracterização de afetação do patrimônio. Rizzardo leciona:

É o puro dano moral, sem qualquer repercussão no patrimônio, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, da liberdade individual (da qual o direito de propriedade é corolário), a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, 'os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito que devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável'.²⁸⁶³²

Havendo, de fato, afetação a essa esfera subjetiva do direito do proprietário, adentrar-se-á ao mérito das conseqüências, inclusive econômicas que foram provocadas. Ademais há que se verificar, ainda, se o proprietário tinha o destino que conferia à propriedade integrado a sua esfera subjetiva, portanto ao seu direito. Veja-se exemplo citado por Mello, que elucida a questão:

Pela mesma razão não configura dano jurídico, o dano econômico sofrido pelos proprietários de residências sitas em bairro residencial que se converte, por ato do Poder Público, em zona mista de utilização. Não haverá negar a deterioração do valor dos imóveis de maior luxo. A perda da tranqüilidade e sossego anteriores tem

³² RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 246.

reflexos imediatos na significação econômica daqueles bens, **mas inexistia direito à persistência do destino urbanístico precedentemente atribuído** àquela área da cidade.²⁸⁷³³ (os grifos não constam do original)

Na prática, um proprietário que cumpra a função social da propriedade, mantendo a reserva legal e as áreas de preservação permanente, promova a utilização adequada do solo, mantenha relações trabalhistas adequadas, confira utilização socialmente apropriada, por exemplo, realizando o cultivo de gêneros alimentícios, exemplificando, e que venha a ter sobre tal propriedade incidido um corredor ecológico, terá que demonstrar que seu direito subjetivo foi de fato afetado, de modo que o uso até então conferido venha a ser comprometido. Neste caso, deverá ser demonstrado a que grau isso afetou o patrimônio moral do sujeito para se suscitar qualquer questionamento sobre reparação. Caracterizado o dano moral, restará ainda a verificação de algum dano econômico que tenha sido provocado como consequência daquela utilização legítima. Quanto a perdas futuras (lucros cessantes) há que se verificar se o proprietário tinha direito constituído em persistir com a destinação dada ao imóvel antes da inserção do instrumento de promoção ambiental.

Nesse passo, cumpre observar ainda, especialmente no que toca a perdas futuras, que nada justifica a indenização pelo Estado, gerando enriquecimento sem causa em prol do lesado. Se para que ele viesse a ter lucros decorrentes do uso da terra, seria necessário esforço e trabalho e se este ainda não se realizou, não há que se falar em indenização pelo produto do trabalho que não se empreendeu.

Destaque-se, assim, que não é qualquer prejuízo econômico que estará contido na noção de dano reparável. Faz-se necessário que o prejuízo econômico decorra do exercício legítimo do direito de propriedade, na medida em que somente se pode falar em dano se há direito lesado. Nesse sentido, se há direito a permanecer com a destinação dada, então cabe falar em dano.

Outrossim, deve ser considerado que quando o Estado, por ato lícito, macula bens legítimos dos cidadãos não o faz com o interesse de causar danos ou prejuízos e, especialmente no caso dos instrumentos de promoção ambiental em que não há transferência patrimonial dos bens do administrado para o Estado, há que se considerar que o Estado não transfere para si nenhuma vantagem. Em

³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 975.

outras palavras, o Estado não ganha nada, não lucra, não incorpora nada a seu patrimônio quando impõe a aplicação de instrumentos de promoção ambiental sem transferência de domínio. Ganha a coletividade, porém, tal ganho é extrapatrimonial na medida em que o meio ambiente preservado não tem valor patrimonial apreciável.

De outra sorte, há que se considerar que o proprietário também ganha com a instrumentalização ambiental, pois não há negar que a possibilidade de um meio ambiente equilibrado é bem que a todos beneficia. Por outro lado, nesses casos, não há opção possível ao Estado, de modo que este nada pode fazer para influir positivamente no escopo de não gerar prejuízos individuais quando a coletividade reclama proteção ambiental. Nesse sentido, vale suscitar o pensamento de Benício que levanta algumas perplexidades diante da responsabilização por atividades lícitas:

O fato é que, nos casos dos prejuízos oriundos de atividades lícitas, mas arriscadas, nada obstante o dano seja, normalmente, experimentado individualmente pela vítima, este dano tem sua causa em algo de que, mesmo indireta e remotamente, beneficia-se a própria vítima do prejuízo. Não se está a negar o fato de que o dano deva ser reparado, independentemente da investigação de quem seja seu causador e de sua culpabilidade; porém, gera perplexidade o fato de o ofensor suportar a perda patrimonial respectiva, ainda quando seja configurado nenhum ou quase nenhum seu poder de influir sobre os acontecimentos.²⁸⁸³⁴

Isso faz concluir que a responsabilidade do Estado pela instituição de instrumentos de promoção ambiental, quando não haja transferência de domínio da propriedade, deva ser vista com criterioso rigor, considerando todas as variáveis do caso envolvido e suscitando-se, invariavelmente, o princípio da solidariedade, que é de mão dupla, quer seja, o Estado ao agir deve considerar os direitos dos particulares de modo a não lhes impor restrições insuportáveis, porém, os particulares, ao agirem, também devem ter em conta o mesmo princípio. Desse modo, onerar o Estado com indenizações que, em última análise, recaem sobre toda a sociedade, por danos que podem ser suportados e sem que tais danos tenham de fato golpeado a dignidade da pessoa humana no exercício de um direito de propriedade que é conferido pela sociedade, não é apropriado, da mesma sorte que

³⁴ BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. *Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Atos Notariais e de Registro*. p. 213-214.

não o é o Estado impor restrições aos administrados-proprietários, violando direitos básicos, inclusive e especialmente sua dignidade, exercitando o poder de forma ilegítima.

Não sem importância a consideração de que na definição de instrumentos de promoção ambiental por parte do Estado, há a inclusão de uma variável necessária, porém muitas vezes de conseqüências desastrosas à proteção do meio ambiente que é o receio justificado quanto ao ônus que isso pode vir a importar aos cofres públicos. O Estado, receoso quanto ao volume indenizatório, pode muitas vezes se omitir ou reduzir o grau de proteção ambiental. Sobre o assunto, importa o excerto trazido por Benício:

Verifica-se, portanto, que a utilização precipitada e irrefletida do critério objetivo, para a aferição da responsabilidade, vem sendo objeto de severas críticas. Em vários casos, a só constatação da ocorrência denexo de causalidade entre a conduta do autor e o dano experimentado pela vítima não é suficiente para a imposição de pena indenizatória ao agente causador do dano, devendo-se analisar, até mesmo, se, de fato, a vítima é que não deveria suportar o risco de ter seu patrimônio lesado. Frise-se: há que se cuidar para que o rigorismo da responsabilidade objetiva não implique imobilidade ou inatividade da pessoa (física ou jurídica), em face do receio de que seja sempre responsável pelos danos que possam defluir de suas ações. **Com efeito, fazer responsável aquele que atua pela só razão de seu atuar é regra que, dentre outros inconvenientes, pode produzir o desestímulo ao exercício de atividades úteis para a coletividade.**²⁸⁹³⁵ (grifos nossos)

Busca-se, assim, a melhor hermenêutica vinculada ao tema, tendo como escopo evitar-se a adoção de políticas públicas equivocadas, por ação, quando o Estado indeniza indevidamente, ou por omissão, quando o Estado deixa de adotar instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, por lhe faltar capacidade financeira para o custeio de indenizações que podem se apresentar indevidas.

4.2 Os instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade e a Responsabilidade do Estado

Conhecidos os instrumentos de promoção ambiental, cuja base física está lançada na terra, distribuídos entre os diversos espaços geopolíticos e que têm

³⁵ BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. *Op. cit.*, p. 214.

como elemento jurídico de conexão o direito de propriedade, além dos pressupostos de caracterização de responsabilidade estatal, verifica-se que estão dados os elementos necessários à compreensão do dever de indenizar do Estado quando, ao promover o meio ambiente, cria espaços territoriais especialmente protegidos.

Dentre todos os espaços estudados no Capítulo anterior, verifica-se que no tema da responsabilidade civil do Estado, muitos dos instrumentos de promoção ambiental se comportam de forma muito semelhante, à medida que se faz possível identificar, sob o aspecto jurídico, os elementos que os unem, quando o tema é o dever de indenizar do Estado.

Assim, áreas de preservação permanente e reserva legal assemelham-se, no tema da responsabilidade civil do Estado, porque estão inseridas na função social da propriedade. Reserva Legal e Proibição de Exploração de Determinadas Espécies assemelham-se porque o tema é a possibilidade de apropriação de espécies da flora. As Unidades de Conservação de Domínio Público e Jardins Botânicos não adentram a temática da responsabilidade do Estado, pois há necessidade de desapropriação. Zonas de Amortecimento, Corredores Ecológicos, Unidades de Conservação que admitem a propriedade privada, Zoneamento e Tombamento, por admitirem a propriedade privada, comportam-se de maneira semelhante, considerando que estabelecem a subjugação da vontade do proprietário aos objetivos de conservação instalados.

Nesse passo, vale trazer as considerações sobre a responsabilidade do Estado atinente a cada conjunto de instrumentos de promoção ambiental que têm o mesmo comportamento perante o dever de indenizar do Estado.

Áreas de Preservação Permanente

Conforme já se teve ocasião de analisar, as áreas de preservação permanente são de fundamental importância para as terras que revestem de modo que “o Código Florestal nada mais fez do que reconhecer uma restrição imposta pela própria natureza, sem a intervenção do homem”.³⁶ Sendo assim, as áreas de preservação permanente estão inequivocamente inseridas no território como forma de proteção, seja dos mananciais de água, seja da estabilidade geológica dos morros e montanhas, seja das áreas de reprodução e refúgio dos animais marinhos,

³⁶ MAGALHÃES, Juraci Perez. *Comentário ao Código Florestal: doutrina e jurisprudência*. p. 67.

como no caso dos manguezais. Não paira dúvida, portanto, de que a manutenção das áreas de preservação permanente cumpre a função social da propriedade. Sobre o assunto, vale colacionar trecho da obra de Magalhães:

Como bem lembra a exposição de motivos que encaminhou ao Legislativo o anteprojeto do Código Florestal, 'assim como certas matas seguram pedras que ameaçam rolar, outras protegem fontes que poderiam secar, outras conservam o calado de um rio que poderia deixar de ser navegável, etc. São restrições impostas pela própria natureza ao uso da terra, ditadas pelo bem-estar social. Raciocinando deste modo os legisladores florestais do mundo inteiro vêm limitando o uso da terra sem cogitar de qualquer desapropriação para impor essas restrições ao uso. Fixam-nas em leis, como um vínculo imposto pela natureza e que a lei nada mais fez do que declará-lo inexistente'.²⁹¹³⁷

Nesse ponto, vale a pena retomar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, já citada²⁹²³⁸, da qual se extraem as seguintes conclusões:

[...] 1. As matas de **preservação permanente**, por serem insuscetíveis de exploração econômica, não são objeto de **indenização** em sede de ação desapropriatória. 2. Inexistindo prova de exploração econômica dos recursos vegetais, não há por que cogitar de **indenização** em separado da cobertura florística. [...].²⁹³³⁹

Diz a decisão judicial que a floresta correspondente à área de preservação permanente não é indenizável porque não é suscetível de exploração econômica. Partiu a decisão judicial a considerar, para efeito de caracterização de dano, os prejuízos econômicos sofridos pelo proprietário expropriado, como se somente isso caracterizasse o dever ressarcitório.

Considerando que a desapropriação afeta a propriedade (vínculo constitucionalmente garantido) e não o direito de propriedade, o dano é causado sobre a primeira, importando na perda da propriedade, na quebra do vínculo que liga proprietário e propriedade. A reparação ao proprietário se dará pela quebra deste vínculo garantido constitucionalmente, considerando o conjunto integral da propriedade, não havendo razão para o destaque de partes da propriedade, como é

³⁷ MAGALHÃES, Juraci Perez. *Op. cit.*, p. 67.

³⁸ Cf. nota 27 deste capítulo.

³⁹ REsp 403571 / SP . RECURSO ESPECIAL 2001/0187911-0. Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Julgamento: 04/08/2005 publicado no DOU em 29/08/2005. Consulta efetuada no site www.stj.gov.br, em 26 de novembro de 2006, às 15 horas e 12 minutos.

o caso das áreas de preservação permanente que, no conjunto expropriatório, incorporam-se ao ressarcimento devido pela quebra do vínculo dominial.

No demais, naquilo em que o uso não era legítimo, não há que se falar em dano. Observe-se que o não uso decorrente do princípio da função social e ambiental é obrigação e não direito. Assim, a manutenção das áreas de preservação permanente, uma vez que se funda no cumprimento do princípio da função social da propriedade, constitui dever, não direito. Dessa forma, a presença de áreas de preservação permanente é obrigação do proprietário que, uma vez cumprida, passa a integrar o direito de propriedade. Desta forma, não há que se falar em dano a direito do proprietário, passível de indenização, na manutenção das áreas de preservação permanente. Ora, dano somente se dá sobre direitos e não sobre obrigações ou deveres. Ressalte-se que o direito de propriedade somente se constitui e legitima se o proprietário, dentre outras obrigações, efetuar a manutenção e conservação das áreas de preservação permanente.

Seguindo essa linha de raciocínio, verifique-se que jamais entrariam numa discussão decorrente de expropriação os prejuízos decorrentes ao proprietário porque praticava, no exercício da propriedade, relações trabalhistas justas, o que também está inserto no princípio da função social. Isso é dever, não direito, logo não há se cogitar em danos. Ora, como pode então haver alegação sobre prejuízos pelo não uso das áreas de preservação permanente ou pelo valor comercial das árvores que recobriam essas áreas? A lógica que deve ser seguida é a mesma. Trata-se de dever a manutenção desses espécimes da flora nas áreas de preservação, não de direito; logo, não se cogita em danos. Indenizar as árvores que recobriam as áreas de preservação permanente seria o mesmo que premiar o proprietário pelo cumprimento da função social. Fosse isso possível, o mesmo deveria também ser premiado por manter relações trabalhistas justas. A respeito veja-se a lição de Pereira:

A retenção das árvores por acidente físico do terreno não é uma servidão, como são, por exemplo, as servidões de caminho. Não é uma restrição subjetiva criada pelo homem, ao direito de propriedade, como as servidões jurídicas. É uma interdição natural do solo, como é a interdição de plantar nos penhascos, de utilizar a área alagadiça. Assim, sendo, quem compra um terreno à margem de cursos d'água, nas nascentes, nas margens de estradas e onde mais existam matas protetoras já o adquiriu com aquela restrição, porque ao adquirir já ali estavam as

montanhas e demais acidentes da natureza que exigiam a complementação da permanência da floresta. Não há, pois, o que indenizar. Indeniza-se um prejuízo, um corte injusto num direito legítimo. Exigir reparação civil, por manutenção de matas evidentemente protetoras, é o mesmo que pedir ao Poder Público recompensa pelas áreas perdidas com montes inaproveitáveis, lagoas e banhados, areais, pedreiras, etc.²⁹⁴⁴⁰

Desta sorte, não se pode olvidar que diante da obrigação de restituir à propriedade sua função social, no caso de desapropriação de áreas que não estejam cumprindo a função socioambiental, há que se retirar do valor conferido à terra os custos necessários à reparação das áreas degradadas, inclusive as áreas de preservação permanente inexistentes, além do valor necessário à reparação do dano moral ambiental pelo tempo em que a área deixou de cumprir sua função socioambiental. A respeito do dano moral ambiental, vale trazer o pensamento de Leite:

Abrindo espaço ao ressarcimento do dano extrapatrimonial ambiental amplia-se a possibilidade de imputação do degradador ambiental. Verifica-se que a necessidade da efetivação do dano ambiental é imperiosa, pois em muitos casos será impossível o ressarcimento patrimonial, e o dano extrapatrimonial ambiental funciona como alternativa válida da certeza da sanção civil do agente em face da lesão ao patrimônio ambiental coletivo. Deve-se ter no Brasil aparato legislativo rigoroso de responsabilidade civil ambiental, objetivando ter mais uma alternativa confiável de proteção do meio ambiente.²⁹⁵⁴¹

Assim, equivocava-se, em sua fundamentação, o acórdão citado, vez que não é a falta de valor econômico que faz com que a mata de preservação de permanente não seja indenizada, mas a ausência de danos ao direito do proprietário. É o que se conclui a partir dos ensinamentos de Mello e de Silva, respectivamente:

Logo, o dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito. Não basta para caracterizá-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.²⁹⁶⁴²

⁴⁰ PEREIRA, Osny Duarte. *Direito Florestal Brasileiro*. p. 212.

⁴¹ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. p. 304.

⁴² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 975.

[...] quem compra um terreno à margem de cursos d'água, nas nascentes, nas margens de estradas e onde mais existam matas protetoras já o adquiriu com aquela restrição, porque ao adquirir já ali estavam as montanhas e demais acidentes da natureza que exigiam a complementação da permanência da floresta. Não há, pois, o que indenizar. Indeniza-se um prejuízo, um corte injusto num direito legítimo.²⁹⁷⁴³

Sendo assim, as áreas de preservação permanente não devem ser cogitadas como áreas específicas a serem indenizadas aos proprietários ou não. Quando se trata de desapropriação, adentram ao cálculo do valor integral da terra para efeito de indenização ao proprietário quando existirem. Quando não existirem, adentram ao valor do cálculo da terra, para reduzi-lo, na medida em que deverão ser descontados os valores necessários à sua recomposição e indenização de danos morais. O fato de existir ou não valor econômico conferido a essas áreas é irrelevante para efeito de se determinar indenização sobre estas. É o que se extrai do pensamento de Magalhães:

Em razão da função que exercem as florestas de preservação permanente sobre as áreas que revestem, o Código Florestal nada mais fez do que reconhecer uma restrição imposta pela própria natureza, sem a intervenção do homem. Como, então, querer indenização por um ônus que o ente expropriante não deu causa? Seguindo esse raciocínio, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro César Ásfor Rocha, ao julgar o RESP n. 78.477, decidiu da seguinte forma: 'Administrativo. Desapropriação. Área de Preservação Permanente. Diminuição do valor da área afetada. Restrição a ser considerada. I – Estando o imóvel parcialmente localizado em área de preservação permanente, tal circunstância há de ser levada em conta, em sede expropriatória, quando da apuração do seu valor, não podendo essa restrição, que importa em diminuição do preço do bem, ser lançada à responsabilidade do ente público que não lhe deu causa.⁴⁴

Diante do quanto ficou exposto, as áreas de preservação permanente, por estarem insertas na função social da propriedade, inequivocamente, não são sujeitas à indenização. Cavedon reforça essa idéia:

Os principais expoentes da doutrina jurídica ambiental apóiam a corrente segundo a qual as Áreas de Preservação Permanente fixadas pelo art. 2º do Código Florestal não são passíveis de indenização por configurarem-se como limites internos ao Direito de Propriedade, que atingem todas as Propriedades que possuam as características apontadas pelo Código, mantendo o proprietário o domínio sobre o bem.²⁹⁹⁴⁵

⁴³ SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. p. 125.

⁴⁴ MAGALHÃES, Juraci Perez. *Op. cit.*, p. 67.

⁴⁵ CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. p. 116.

Vale ainda trazer o Direito Italiano, conforme citação de Pereira, que de há muito exclui desses casos qualquer pretensão indenizatória:

Complementando essas considerações, acrescenta o insigne magistrado ALDO BOZZI: 'Em substancia, no caso dos vínculos, para fins hidrogeológicos, não encontra aplicação o princípio fundamental da justiça distributiva, para o qual a imposição de um sacrifício particular, que recolhe vantagens gerais, não pode ser imposto somente sobre aquele em quem recai a imposição, porém, deve ser congruentemente indenizado. O vínculo para fins hidrogeológicos não constitui um "sacrifício", porque tende a evitar aquela forma de apropriação privada que conduzirá, se abandonada ao arbítrio dos particulares, à destruição da riqueza. A propriedade, como se tem dito alhures, realiza fins sociais e de civilização; quando a utilização pelo particular fosse de modo a conduzir à destruição daquela, haveria lesão de direitos da comunidade, organizadas no Estado, que recebe vantagens diretas e indiretas da produtividade do solo'.³⁰⁰⁴⁶

Reserva Legal e Impedimento de utilização ou exploração de espécies da flora e fauna

O mesmo raciocínio empregado para a compreensão do dever de indenizar do Estado, relativo às áreas de preservação permanente, deve ser aplicado à vegetação existente no imóvel; seja fora ou dentro da reserva legal, seja naqueles casos em que o poder público impede a exploração e supressão de determinadas espécies da flora. Observe-se, conforme explanado no Capítulo 3, que a flora é objeto de apropriação privada quando isto seja autorizado por ato do poder público, observado em qualquer caso o cumprimento da função ambiental que as florestas desempenham de modo que não podem ser objeto de apropriação privada os espécimes da flora que, ao compor as florestas, cumprem uma função ambiental relevante. Assim, há que ser verificado se, no exercício legítimo do direito de propriedade, ou seja, no cumprimento da função social, o aproveitamento econômico de espécimes da flora estava legitimado pelo poder público e se já haviam integralizado o patrimônio do proprietário. Mais uma vez, dano só há a direito legitimamente constituído.

Destaque-se ainda que a exploração econômica de espécimes da flora autorizada pelo poder público, quando venha a ser impedida, para a viabilização de um instrumento de promoção ambiental, constitui dano emergente, caracterizado como aquele que se circunscreve a ofensa contra a pessoa, perda ou danificação da

⁴⁶ PEREIRA, Osny Duarte. *Op. cit.*, p. 213.

coisa. A esse dano soma-se todo o investimento realizado pelo proprietário para obter do poder público a autorização de exploração. Observe-se que no caso referido, em que o poder público suspende ou cassa uma licença ambiental, o proprietário perde a coisa (árvores e seu valor comercial), daí sua caracterização como dano emergente. Já aquilo que o ofendido deixa de ganhar ou auferir vantagens constitui o chamado dano sobre lucro cessante, assim constituído, no caso da flora, pelos espécimes ainda não suprimidos e que constavam, contudo, da licença de exploração que veio a lhe ser retirada.

Por certo, não se pode negar que a exploração econômica das florestas, desde que possível e dentro dos parâmetros fixados pela legislação ambiental, constitui direito integralizado ao direito subjetivo de propriedade. Nessas condições, a exploração racional das florestas constitui cumprimento da função social da propriedade.

Faz-se imprescindível, contudo, que a exploração florestal tenha sido objeto de autorização pelo poder público, de modo que nos casos em que não tenha havido a supressão, por ocasião da instituição do instrumento de promoção ambiental e desde que no período de validade de licença, podem constituir o que se denomina dano sobre lucro cessante. Contudo, há que se verificar que esse dano estará sujeito à reparação.

Vale rememorar que o artigo 1º do Código Florestal estabelece que as florestas são bens de uso comum a todos os habitantes do país, sendo que o direito de propriedade pode ser exercido sobre elas, desde que atendam às limitações impostas por lei.³⁰¹⁴⁷ As limitações impostas por lei são de várias ordens, sendo inequívoco que a exploração florestal somente pode se dar com autorização prévia do poder público, conforme previsão contida no artigo 19 do Código Florestal.³⁰²⁴⁸

Assim, se houver impedimento de outra ordem sobre a supressão da vegetação, como aquele determinado pela instituição de instrumentos de promoção

⁴⁷ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Art. 1º. "As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem".

⁴⁸ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Art. 19. "A exploração de florestas e formações sucessoras, tanto de domínio público como de domínio privado, dependerá de prévia aprovação pelo órgão estadual competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, bem como da adoção de técnicas de condução, exploração, reposição florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea forme".

ambiental incidentes sobre a propriedade, o proprietário deverá a isso se submeter, não podendo alegar exercício do direito de propriedade que somente se constitui quando houver autorização do poder público e durante o prazo de validade de tal autorização.

De se destacar que perante o ordenamento jurídico brasileiro as licenças ambientais têm caráter de autorização, o que significa dizer que são de natureza precária. Mello a define como “o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário”.⁴⁹ Dessa forma, em prol do ambiente, as licenças concedidas pelo poder público, podem a qualquer tempo ser sustadas. Veja-se a lição de Machado:

[...] o artigo 9º da Lei 6.938/81, ao tratar dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, previu, no inc. IV, “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”. Assim, tanto o termo “renovação” como o termo “revisão” indicam que a Administração Pública pode intervir periodicamente para controlar a qualidade ambiental da atividade licenciada. Não há na “licença ambiental” o caráter de ato administrativo definitivo; e, portanto, com tranqüilidade, pode-se afirmar que o conceito de “licença”, tal como o conhecemos no Direito Administrativo brasileiro, não está presente na expressão “licença ambiental”.³⁰⁴⁵⁰

Desse modo, é de se concluir que as licenças que conferem autorização de exploração florestal somente produzem efeitos para integralizar os espécimes objeto de apropriação ao patrimônio do sujeito durante o período de validade da licença concedida, daí porque, não há falar-se em danos cessantes para além do prazo de validade da licença, aí incluídos os casos de suspensão ou cassação da licença, quando o prazo de validade se antecipa.

A propósito, vale esclarecer que a Lei nº 9.985/00 exclui das indenizações relativas à situação fundiária das unidades de conservação os lucros cessantes:

Art. 45 - Excluem-se das indenizações referentes à regularização fundiária das unidades de conservação, derivadas ou não de desapropriação:

[...]

IV - expectativas de ganhos e lucro cessante;³⁰⁵⁵¹

⁴⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 418.

⁵⁰ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. p. 249.

⁵¹ BRASIL, Lei nº 9985 de 18 de julho de 2000. Artigo 45.

Assim, qualquer tipo de ganho decorrente de utilização conferida à propriedade, que se dê antes da criação de uma unidade de conservação que irá integrar o domínio público, não será considerado em seus efeitos futuros. Essa explicitação produzida pela lei decorre dos preceitos até aqui analisados, especialmente pela circunstância de que a intervenção produzida pelos particulares sobre os bens ambientais não constitui direito adquirido, trata-se de mera liberalidade do poder público, de sorte que, a qualquer tempo pode ser sustada.

Unidades de Conservação que admitem a propriedade privada, Zonas de Amortecimento, Corredores Ecológicos, Tombamento e Zoneamento

Raciocínio semelhante se aplica aquelas situações em que o instrumento de promoção ambiental incidente sobre a propriedade não implica na destituição do domínio, aí incluídos os corredores ecológicos, zonas de amortecimento, unidades de conservação que admitem a propriedade privada, o tombamento e o zoneamento. Mais uma vez, não é demais repetir, dano somente se produz sobre direitos e interesses legítimos e, sobre os bens da natureza, não há falar-se em integralização definitiva ao patrimônio individual e particular. Deste modo, é de se concluir que só há caracterização de dano naquilo em que efetivamente o patrimônio do sujeito já fora integralizado.

Reafirme-se, o direito de exploração e uso dos bens ambientais, enquanto expectativa, não pode integrar o patrimônio do sujeito pelo só fato de possuírem uma função ambiental, que como tal, têm natureza difusa. Quando a lei autoriza tal integralização e o ato administrativo isso confirma através de uma licença ambiental, significa que aquela parcela dos bens ambientais que passam a ser objeto de apropriação privada não cumprem uma função ambiental essencial, do contrário ferir-se-ia a Constituição para quem o meio ambiente é bem de uso comum do povo conforme se destacou no Capítulo 1. Não cumprindo uma função ambiental essencial podem passar a fazer parte do patrimônio privado. Destaque-se que, nesse sentido, as licenças ambientais, notadamente aquelas que autorizam o uso e exploração dos recursos naturais, têm caráter declaratório do direito de apropriação, em última análise.

Contudo, verificado a qualquer momento a importância daqueles bens ambientais que eram objeto de exploração e uso, incumbe ao poder público sustar ou cassar a licença, ou seja, o ato declaratório de apropriação. É por isso que somente a parcela explorada, ou seja, já integralizada ao patrimônio do sujeito é que constitui direito passível de ser lesionado.

Os bens ambientais futuros, assim caracterizados como os bens ambientais que se encontram à disposição na natureza, não podem, destarte, integrar o patrimônio privado, porque a qualquer momento, verificada a prevalência do interesse ambiental a ser protegido, será cassado o ato declaratório do direito de apropriação, quer seja, a licença ambiental. De outra sorte, não tendo o proprietário produzido nenhum esforço ou trabalho para produzir os bens da natureza, não seria lógico lhe conferir propriedade sobre eles, e essa noção vem de Locke.

Destaque-se, a esse respeito, que a função ambiental deve ser sempre garantida em detrimento de qualquer interesse particular. Assim, pudessem os bens ambientais futuros estar contidos no patrimônio particular haveria um contra-senso, pois a licença ambiental, declaratória do direito de apropriação, como ato administrativo que é, teria mais força que a função ambiental determinada a esses bens, que ao darem azo a consecução do meio ambiente ecologicamente equilibrado, constituem bens de uso comum do povo, por força constitucional, o que não é lógico supor. Para tanto, bastaria que o poder público emitisse uma licença ambiental autorizando a apropriação privada pelo particular e esta passaria a conferir direitos a este que se contraporiam ao direito da coletividade em ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por outro lado, se os bens ambientais somente podem ser objeto de exploração e uso quando autorizados pelo poder público³⁰⁶⁵² não seria razoável que o poder público concedesse a autorização para depois, em sobrevindo a necessidade de proteção do patrimônio ambiental, fosse obrigado a ressarcir o particular.

⁵² Exemplificando: A exploração das florestas depende de autorização do poder público conforme art. 19 da Lei 4.771/65. O uso dos recursos hídricos depende de outorga conforme dispõe o art. 11 da Lei 9.433/97. A lavra garimpeira depende de outorga conforme art. 4º da Lei 7.805/89. o aproveitamento de substâncias minerais depende de licença conforme dispõe o art. 8º §1º da Lei 6.403/76. O aproveitamento dos recursos pesqueiros depende de registro e licença conforme determina o Decreto-lei 221/67.

Assim, como a noção de dano está adstritamente vinculada ao direito de apropriação do sujeito, há que se verificar exatamente o que compõe o patrimônio autorizado pelo sistema jurídico, para então poder-se verificar se houve danos a este. Cita-se jurisprudência Italiana para ilustrar como o direito estrangeiro entende a questão da apropriação dos bens ambientais:

A tutela do ambiente mira a salvaguarda não somente da paisagem em seu aspecto físico e estático mas do meio ambiente considerado em sua integridade; é portanto legítimo o provimento que nega autorização à realização de trabalho, ainda que completamente subterrâneo, de adução de água mineral em uma zona vinculada a um parque natural, porque a subtração constante para fins industriais de recursos de água para o território comporta necessariamente uma turbação do equilíbrio biológico do ecossistema, com inevitáveis reflexos sobre os habitats animal e vegetal e via de conseqüência do ambiente e da paisagem que lhe é parte integrante.⁵³

Ademais, há que se ter em conta que o dever de indenizar do Estado somente nasce quando este realiza atos concretos que venham a esvaziar o Direito de Propriedade e não o conteúdo econômico da propriedade. A diferença é significativa pois o Direito de Propriedade não se traduz no seu conteúdo econômico, conforme já alongadamente se pôde verificar.

De outra sorte, a exploração sustentável das florestas, sem que haja a necessidade de supressão, não se pode olvidar, também se constitui em aproveitamento econômico. Ecoturismo, uso medicinal, aromático e cosmético de plantas, extrativismo de produtos florestais não madeiráveis, dentre outras tantas possibilidades, devem ser entendidos como viabilidade econômica que não pode ser desconsiderada. É nesse contexto que o Código Florestal determina a fixação em 80% das áreas obrigatoriamente destinadas à reserva legal³⁰⁸⁵⁴ na Amazônia Legal, sem que isso afete o direito de propriedade. Antunes compartilha desse juízo quando esclarece:

[...] Muitas vezes, é o próprio estabelecimento de áreas de preservação que irá servir de suporte para a valorização econômica de um bem. É necessário que os

⁵³ In SANTOLOCI, Stefano Maglia. *Il Códice Dell'Ambiente*. p. 592. T.R.G.A. Trentino Alto-Adige, 16 giugno 1994, n. 250, in riv. Giur. Amb. 1995, 529. Livre tradução.

⁵⁴ BRASIL, Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965. Art. 16. "As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo: I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal; [...]".

tribunais estejam atentos para o fato e que a análise do esvaziamento econômico leve em consideração as novas formas de atividade econômica.³⁰⁹⁵⁵

Assim, nem sempre que se institui um instrumento de promoção ambiental haverá afetação ao direito de propriedade. Um Decreto Presidencial criando, por exemplo, uma Área de Proteção Ambiental – APA, por si só, não tem o poder de afetar nenhum direito. Trata-se de unidade de conservação de uso sustentável, logo, os usos continuarão a ser admitidos e somente passarão a estabelecer qualquer tipo de restrição quando, após os estudos necessários, houver algum indicativo nesse sentido, quando, então, o Estado estará habilitado a realizar a gestão efetiva do território através do estabelecimento de normas concretas. Dessa forma, será necessária a implantação efetiva da Unidade de Conservação para haver qualquer cogitação sobre restrição a direitos por parte do Estado. Vale transcrever o pensamento de Pádua:

A legislação, portanto, estabelece e reconhece a APA como uma unidade de conservação de uso sustentável dos recursos naturais, mas cuja propriedade das terras, na maioria das vezes, permanece em mãos de particulares. Assim mesmo pretende, através de zoneamento, estabelecer normas para limitar ou proibir: 1) a implantação e o funcionamento de indústrias potencialmente poluidoras, capazes de afetar mananciais de água; 2) a realização de obras de terraplanagem e abertura de canais, quando estas iniciativas causem uma alteração sensível das condições ecológicas locais; 3) o exercício de atividades capazes de provocar uma acelerada erosão de terras ou a acentuada sedimentação dos corpos hídricos e 4) o exercício de atividades que ameacem extinguir da área protegida as espécies raras da biota regional. [...] A sua efetividade depende da conscientização e da vontade dos legítimos proprietários de suas terras de aceitarem restrições de uso, além daquelas previstas na legislação orgânica em vigor, que vale para todos os brasileiros.³¹⁰⁵⁶

Conforme explica a autora citada, há necessidade de um zoneamento estabelecendo normas de uso que compatibilizem a proteção ambiental com o desenvolvimento, o que de per si não causa nenhum dano ao direito subjetivo de propriedade, vez que ao pretender aliar proteção ambiental e desenvolvimento, as regras de uso estão contidas na função social da propriedade. Por ademais, ensina a autora que a efetividade dessas áreas depende da aceitação, por parte dos proprietários, das restrições de uso. Assim, somente ações específicas do Estado, no momento da implantação da unidade de conservação é que poderão constituir

⁵⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. p. 407.

⁵⁶ PÁDUA, Maria Tereza Jorge. *Área de Proteção Ambiental*. p. 426

algum tipo de limitação ao direito subjetivo de propriedade. Não basta, portanto, o mero ato de criação. Isto se aplica a todos os casos em que o instrumento de promoção ambiental não implica em perda do domínio.

Para facilitar a compreensão, veja-se mais um exemplo: uma propriedade situada no entorno de uma unidade de conservação, em razão da qual, o Estado venha impor ao proprietário o dever de vincular parte de sua propriedade a formação de corredor ecológico. Faz-se necessário extrair, do problema, seus elementos: a) o corredor ecológico não elimina o direito de propriedade; b) o corredor ecológico é um instrumento de promoção ambiental, portanto, situado na esfera da função social; c) nem sempre que se institui um corredor ecológico sobre uma propriedade privada, se afetará o direito subjetivo do proprietário em promover o social; d) a instituição do corredor ecológico pode diminuir o lucro auferido pelo proprietário se houver conversão de área economicamente aproveitada por área protegida; e) há que se verificar se o uso pelo proprietário à parte do imóvel convertida em corredor ecológico estava inserida como direito seu à persistência de tal destinação.

Extraídos esses elementos, podem-se retirar algumas conclusões: (a) se o corredor ecológico não retira do proprietário a propriedade, se violação ocorrer, é sobre o direito subjetivo e não sobre a propriedade; (b) somente ocorrerá violação ao direito subjetivo se o proprietário ficar totalmente impedido de promover a propriedade socialmente, conforme seu livre arbítrio lhe determinava; contudo há que se verificar se havia direito constituído de não-vinculação da vontade do proprietário; (c) somente será imputada responsabilidade ao Estado se restar caracterizado que essa violação ao direito subjetivo do proprietário afeta seus valores personalíssimos que atinjam de forma substancial a sua liberdade e dignidade; (d) como não há danos na propriedade, o seu valor integral de mercado não entra no cálculo para a reparação do dano sofrido pelo proprietário; (e) se ocorrer redução do lucro auferido, este poderá ser caracterizado como dano decorrente daquele direito legítimo que o proprietário vinha exercendo até então, passível de reparação, porém há que se verificar se (f) o uso conferido pelo proprietário lhe era atribuído como direito a persistir com tal destinação e (g) os danos sobre lucros cessantes e valores empreendidos serão objeto de indenização somente se restar caracterizada a violação indevida ao direito subjetivo.

A conclusão a que se pode chegar é a de que somente o esvaziamento do Direito de Propriedade é que gerará dever indenizatório por parte do Estado. Cavedon compartilha esse entendimento quando propõe que: “portanto, entende-se que, somente quando o ato de proteção ambiental esvaziar por completo o conteúdo do Direito de Propriedade, será este objeto de indenização”.³¹⁵⁷

No que toca ao tombamento, Marés complementa:

Quando se atinge este grau de esvaziamento do direito de propriedade, não se trata mais de tombamento, mas de desapropriação para fins de proteção, conforme determina o ordenamento jurídico. Assim, não se trata de saber se é indenizável o tombamento, mas, se dada a natureza do ato ele importa em tal esvaziamento do direito de propriedade, que incorra em desapropriação.³¹²⁵⁸

Destaque-se que esse esvaziamento do direito de propriedade somente ocorrerá nas hipóteses em que ao proprietário não for garantida nenhuma forma de mobilização da sua vontade na consecução do social e não quando essa vontade puder ser redirecionada a outros fins sociais, ainda que não queridos pelo proprietário mas determinados por lei. Assim, se for constituído um corredor ecológico sobre uma área utilizada pelo proprietário para plantio de determinada cultura e isso não puder mais ocorrer, indenização será devida se houver necessidade de remoção imediata da cultura já plantada, pelo valor econômico que produziria mais os implementos necessários ao seu plantio. Após isso, não há que se falar em indenização pelas culturas futuras que pudessem ser implantadas no local, pois a vontade do proprietário passa a estar subjugada a uma nova forma de promoção social, vinculada à proteção do meio ambiente, e sobre isso, já que há um interesse coletivo envolvido, não há que prevalecer a vontade individual do proprietário. A única possibilidade de indenização, portanto, seria pelo aniquilamento do direito de propriedade, no caso desse corredor ecológico inserir-se sobre toda a propriedade, inviabilizando ao proprietário, qualquer forma de uso e exploração, impedindo seu direito subjetivo de promoção do social e via de conseqüência, a produção econômica que poderia usufruir.

Vale transcrever os ensinamentos de Freitas quando ao tratar do tombamento esclarece o posicionamento dos Tribunais: “Apenas nos casos em que a propriedade, em razão do tombamento, perdeu por completo o seu valor

⁵⁷ CAVEDON, Fernanda de Salles. *Op. cit.*, p. 117.

⁵⁸ MARÉS, Carlos Frederico. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. p. 99.

econômico é que o Judiciário vem ordenando o ressarcimento total do prejuízo, tal qual autêntica desapropriação³¹³⁵⁹. Assim, vale a referência de que a compreensão do judiciário deve ser alargada para o entendimento de que não é o esvaziamento do conteúdo econômico pretendido pelo proprietário que faz gerar o direito à indenização mas a perda do direito de propriedade que como visto é muito mais amplo do que o valor econômico que lhe queira empregar o proprietário. Vale lembrar, a esse respeito, o pensamento de Pereira:

A limitação do direito de propriedade, subordinando-o ao interesse coletivo, para que o seu exercício não seja de ordem a causar um dano social, é hoje princípio incontroverso, em todos os povos cultos. [...] Como observa PONTES DE MIRANDA, as Constituições mencionadas (1934, 1937 e 1946) não garantiram mais o direito de propriedade, mas apenas a instituição. Entende que o 'conjunto dos direitos reais não é necessário, nem no é a realidade mesma. **Basta que uma partícula de patrimonialidade exista para que o inciso constitucional esteja respeitado.** Não se garante o Código Civil, nem sequer, qualquer dos seus artigos – o que se garante é a atribuição de direito patrimonial aos indivíduos. Não se cogita de garantia de *status quo*.³¹⁴⁶⁰ (grifos não constam do original)

Conforme se pode arrematar, já à guisa de conclusão, a vontade do sujeito proprietário em conferir à propriedade, conforme seu livre arbítrio lhe determina, uma destinação social, é vinculada não somente à vocação natural das terras, como é o caso de terras inundadas sazonalmente ou montanhosas ou rochosas, quando a elas não pode seu proprietário deixar de dar-lhes uma destinação social, porém conformada à sua natural existência. Contudo, e acima disso, a vontade do proprietário está também adstritamente vinculada ao que dispõe a lei. Assim, uma vez tendo a lei e o poder público determinado uma vocação ambiental a determinada área, essa vocação deve necessariamente aderir à vontade do proprietário, tal qual acontece com a vocação natural das terras.

Desta forma, possível direito indenizatório deverá atentar a essa vocação da terra, dada pela natureza ou pelo direito, de sorte que nem todo arrefecimento econômico que deixa de ser auferido pelo proprietário, em razão de um instrumento de promoção ambiental posto pelo Estado, importa que este indenize o proprietário. Há que se observar se houve afetação total no direito de propriedade, de modo a lhe esvaziar seu conteúdo, que de nenhuma sorte é um conteúdo meramente

⁵⁹ FREITAS, Vladimir Passos. *Op. cit.* p. 127.

⁶⁰ PEREIRA, Osny Duarte. *Op. cit.*, p. 170.

econômico, muito menos um conteúdo econômico sujeito ao exclusivo arbítrio do proprietário. Conforme o ensinamento logo acima transcrito “basta que uma partícula de patrimonialidade exista para que o inciso constitucional esteja respeitado”.

CONCLUSÃO

A crise ambiental enfrentada pela humanidade exige dos homens, do Estado e das instituições um enfrentamento claro, objetivo e concreto. Faz-se necessário buscar instrumentos que possibilitem uma reversão dos problemas ambientais, o que somente será possível, em definitivo, com uma sociedade ambientalmente educada. Contudo, talvez não haja tempo suficiente para aguardar os resultados efetivos da educação ambiental pela qual a humanidade deve passar. Os alertas da crise estão presentes, nos últimos anos, cotidianamente na vida das pessoas. O aquecimento global é apenas uma amostra dessa situação e já se reflete no dia-a-dia da humanidade, provocando-lhe conseqüências desastrosas.

Destarte, de imediato, faz-se necessário estabelecer meios efetivos que viabilizem o controle da crise ambiental, com o escopo de que a Terra não ultrapasse seu limite de suporte, quando a situação poderá restar irreversível. É para enfrentar essa situação que o Direito é chamado a contribuir, dada a circunstância de que sem uma proposta regulatória efetiva e eficaz não será possível realizar uma mudança de hábitos e atitudes. Por certo que somente o Direito e as leis postas no papel não farão sozinhos o trabalho, que, de resto, deve ser feito, mas constituem o marco inicial que dão tratamento à matéria.

O Estado, por sua vez, tem papel fundamental, seja controlando as atividades humanas, seja promovendo estratégias e políticas que viabilizem a qualidade de vida e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Fato é que nem o Estado, nem o Direito podem, diante dos fatos largamente constatados de crise ambiental, servirem como instrumento do conservadorismo e negarem-se a contribuir, relevantemente, para a solução das enfermidades ambientais que assolam o Planeta. Assim, não se faz mais possível uma hermenêutica que coloque em confronto institutos jurídicos que não estejam a serviço da vida.

Nesse passo, qualquer interpretação que sustente a propriedade absoluta, individualista e excludente afronta inexoravelmente qualquer futuro otimista que se possa pretender para a humanidade. Para proteger interesses imediatistas que

ainda têm na propriedade individual o instrumento de poder, pode-se comprometer e colocar em cheque a vida das futuras gerações.

Por certo que em todo esse contexto, surgem outras discussões que não foram sequer tocadas no âmbito deste trabalho, como o modelo de desenvolvimento empregado pela sociedade, além do modelo econômico, que, capitalista, sempre teve na propriedade individual seu sustentáculo.

Contudo, o próprio capitalismo procurou e procura adaptar-se as novéis demandas sociais. Inseriu, na propriedade, uma função social que, apesar de não constituir profunda e revolucionária inovação, não deixa de ser, não se pode negar, uma resposta oferecida por um novo modo de organização da sociedade frente às necessidades presentes. Por certo que a propriedade persistiu, porém, ela deve ser vista e interpretada - agora sim o papel do Direito é fundamental - mais do que com nova roupagem, com novo conteúdo. As mudanças realizadas no instituto precisam ser substanciais e precisam ser refletidas em prol da sociedade que lhes dá juridicidade.

É preciso dar à função social da propriedade efetiva e concreta aplicação, pois do contrário, não passará de maquiagem dada à propriedade privada, pelo sistema que não quer mudanças, apesar do quanto resta evidenciado, acerca da absoluta necessidade de tais mudanças em prol das futuras gerações, quiçá também das presentes. É preciso que a hermenêutica jurídica confira à função social da propriedade resultados concretos na experiência jurídica que se está vivendo.

Não se olvide que o princípio da função social da propriedade inseriu a discussão sobre a humanização da instituição que subordina a satisfação dos interesses de seu titular, às necessidades dos demais membros da sociedade. Não se afasta do respeito à iniciativa econômica desde que aos bens seja dado o destino que o ordenamento jurídico considera merecedor de tutela. Reconhece a propriedade como direito subjetivo fundado na lei mas lhe atribui um conteúdo social, voltado a uma única possibilidade possível: a de que a vontade do proprietário seja uma só, qual seja, buscar o melhor aproveitamento em prol da sociedade.

A função social da propriedade, mais do que mera adaptação do capitalismo, processa alterações externas, mas fundamentalmente internas, de mérito e conteúdo, modificando a estrutura da propriedade de maneira que o

reconhecimento e proteção desta passa a estar associado ao imperativo de que o bem se encontre aplicado exclusivamente no cumprimento de sua função social. Não há mais vontade egoística protegida, não obstante, por muito tempo, e influenciado ainda pela propriedade absoluta do liberalismo, a determinação do destino da coisa e a fixação de sua função econômico-social, esteve sujeita ao exclusivo critério de seu titular.

Esse avanço sobre a propriedade demonstrou-se necessário porque mais do que um avanço do Estado é uma avanço da sociedade. É esta que está a exigir um avanço regulatório sobre a propriedade, delimitando as prerrogativas do proprietário, no que toca à fixação do destino dos bens, de modo que ao reafirmar o direito de propriedade privada, destacam-se as prerrogativas do Estado em regular os usos, no interesse de toda a coletividade.

Quando uma visão mais solidarista se impõe, resulta plausível que a legislação oriente a aplicação efetiva dos bens à satisfação de necessidades coletivas, com exclusão do que somente responda a vontade caprichosa de seu titular. Isso corresponde que ao proprietário é dado fixar o destino econômico-social do imóveis de sua titularidade, dentro do marco das alternativas fixadas pelo regime legal. Esta potestade do aparato estatal em determinar o destino último dos bens está assentada na função social da propriedade, de modo que ao conformar o seu interesse com o interesse coletivo, está o proprietário dando acolhida ao interesse social. É a função social da propriedade o que legitima o Estado a estabelecer marcos que delimitem diversas alternativas, entre as que poderá escolher o proprietário, na determinação do destino econômico-social de seus bens. Assim harmonizam-se os interesses do dono com os da comunidade.

É com esse espírito que deve ser vista a nova propriedade quando em confronto com a necessidade de disciplinar a ocupação do espaço territorial. Destaque-se que foi somente a exigüidade das superfícies, ambientalmente relevantes e disponíveis, frente as crescentes necessidades da população, e a inquestionável e generalizada aspiração por melhorar a qualidade de vida, é que deu lugar à tarefa designada ao Estado de estabelecer diferentes modalidades de espaços protegidos.

Esses espaços protegidos sejam as áreas de preservação permanente, reservas legais, unidades de conservação, ou ainda outros instrumentos, como a

proibição da exploração de espécies, zoneamento e tombamento ambiental, etc., é que garantem a manutenção e perpetuação de espécies responsáveis pelos processos vitais essenciais. Sua contribuição para a qualidade de vida e meio ambiente ecologicamente equilibrado é inquestionável.

Sendo assim, não há que colocar em rota de colisão, como se princípios excludentes fossem, a propriedade privada e tais instrumentos. A função social conferida à propriedade retira qualquer conflito que entre os mesmos possa existir, de modo que, a vontade do proprietário, estará necessariamente sujeita à conformação que seja necessária ao território com vistas à garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Deste modo, ao contrário do que a doutrina e a jurisprudência brasileiras correntemente afirmam, os instrumentos instituídos pelo Estado que tem como escopo promover a melhoria da qualidade ambiental não constituem, necessariamente, restrições ou limitações ao direito de propriedade. Não há, em geral, quando a lei determina a manutenção de áreas que devam ser permanentemente preservadas, em que é admitido o domínio privado das terras, por exemplo, nenhum direito sendo abreviado. O proprietário continua proprietário, se a propriedade for encarada perante sua nova conceituação. Assim, é a propriedade e o direito de propriedade que estão condicionados pelos instrumentos de promoção ambiental e não o contrário, como frequentemente entendido. Há que se ressaltar que em alguns casos os instrumentos de promoção ambiental incidem de forma tão contundente que, de fato, o direito de propriedade poderá ser afetado, contudo, há que se verificar a ocorrência destas situações com absoluto rigor.

É assim que devem ser entendidas, destarte, as obrigações indenizatórias por parte do Estado. A este caberá indenizar direitos constituídos legitimamente que, em nome do princípio da solidariedade social, beneficiem toda a coletividade em detrimento de um direito legítimo, quando restar caracterizada, efetivamente, restrição ao direito de propriedade. Contudo, a caracterização de restrição ao direito de propriedade somente se dará quando verificar-se o aniquilamento de toda e qualquer patrimonialidade, de modo que ao proprietário não sobeje qualquer sombra de possibilidade de uso, ou seja, quando o proprietário não tenha mais, sob o domínio de sua vontade, qualquer possibilidade de utilização da propriedade em prol de ações de caráter social a que está vinculado. Não basta, assim, que a instituição

de um instrumento de promoção ambiental importe em perdas ou prejuízos econômicos.

Finalmente, é de se ressaltar, que a importância da temática ambiental obriga o Estado, por força constitucional, a utilizar-se de todos os instrumentos postos a disposição para a consecução do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Entendimentos conservadores, acerca do direito de propriedade, destarte, podem levar à adoção de políticas públicas equivocadas, por ação, quando o Estado indeniza indevidamente, ou por omissão, quando o Estado deixa de adotar instrumentos de promoção ambiental incidentes sobre a propriedade, por lhe faltar capacidade financeira para tanto, não necessariamente cogente para a adoção da melhor política ambiental, quando seja recomendável o estabelecimento de espaços territoriais especialmente protegidos.

Assim, o Direito e sua hermêutica não se podem furtar do papel que lhes cabe na busca do Estado Social que exige a realização de alguns postulados, na busca real do princípio da igualdade, através da realização da justiça social, do bem-estar do povo como um todo, do estabelecimento de instrumentos que permitam, em concreto, o exercício dos direitos, liberdades e garantias sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da Filosofia*. Título Original: The Crystal Cave. Organizado e redigido por Bernadette Siqueira Abrão. Revisto por Mirtes Ugeda Coscodai. São Paulo: Best Seller, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Derecho ambiental : fundamentación y normatividade*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1995.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo : para uma legitimação procedimental*. Coimbra : Almedina, 1989

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *Objetivos, princípios e pressupostos da política comunitária do ambiente : algumas propostas de revisão*. In: Temas de Integração. Coimbra : Coimbra Editora, 1997.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

AHRENS, Sergio. *Sobre o Manejo Florestal Sustentável de uso múltiplo: proteger a fauna para conservar as florestas*. Trabalho apresentado no VIII Congresso Brasileiro de Advocacia Pública. Foz do Iguaçu, IBAP, 11 a 14 de agosto de 2004.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*. In: Posse e propriedade. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARRUDA, José Jobson de A., & PILETTI, Nelson. *Toda a História: História Geral e História do Brasil*. São Paulo: Ática, 2003.

BACELLAR, Regina Maria Bueno de. *As restrições ambientais ao livre exercício do direito de propriedade in Pela Conquista de uma Justiça sem Fronteiras*. Alice Bark Liu ...[et.al.] org., Curitiba: OAB Seção Paraná, 2006.

BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica*. Título original: *L'ingérence Écologique*. Trad. Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, s/a.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. *Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Atos Notariais e de Registro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos : o caso da América Latina*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n.0, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman V (Coord.). *Função ambiental. Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Direito de propriedade e meio ambiente*. Livro de Teses da XVI Conferência Nacional dos Advogados. Fortaleza, 1996.

BIRNFELD, Carlos André Souza. *A emergência de uma dimensão ecológica para a cidadania : alguns subsídios aos operadores jurídicos*. Florianópolis, 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo : LTr, 1999.

B R A S I L . C o n s t i t u i ç ã o (1 9 8 8) . D i s p o n í v e l e m http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Constituição: Constituição.htm. Acesso em 11 de jan. 2007.

BRASIL, Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1º de dez. 1964. Disponível em *Códex Ambiental*. Editora Âmbito. Atual. Set./2006.

BRASIL, Lei 4.771 de 15 de setembro de 1965 alterada pela Medida Provisória 2166-67. Institui o Novo Código Florestal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 de set. 1965. Disponível em *Códex Ambiental*. Editora Âmbito. Atual. Set./2006.

BRASIL, Lei nº 5197, de 3 de janeiro de 1.967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de jan. 1967. Disponível em *Códex Ambiental*. Editora Âmbito. Atual. Set./2006.

BRASIL, Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981 alterada pela Lei nº 7804, de 18 de julho de 1989. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa

do Brasil, Brasília, DF, X de 02 de set. de 1.981. Disponível em *Códex Ambiental*. Editora Âmbito. Atual. Set./2006.

BRASIL, Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o Art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 19 de julho de 2000. Disponível em *Códex Ambiental*. Editora Âmbito. Atual. Set./2006.

BRASIL, Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em http://planalto.gov.br/ccvil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2007.

BRASIL, Resolução CONAMA nº 339, de 25 de setembro de 2003. Dispõe sobre a criação, normatização e o funcionamento dos jardins botânicos e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 03 de novembro de 2003. Disponível em *Códex Ambiental*. Editora Âmbito. Atual. Set./2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a Proteção do Patrimônio Histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 01 de dezembro de 1937. Disponível em *Códex Ambiental*. Editora Âmbito. Atual. Set./2006.

CALHEIRA, Zoraya. *Direito de propriedade: um dogma inquestionável?* Revista *Ecologia e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, v. 11, 1992.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade : uma abordagem garantista*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A responsabilidade por danos ambientais : aproximação juspublicista*. In: AMARAL, Diogo Freitas. *Direito do Ambiente*. Oeiras : INA, 1994.

_____. *Actos autorizativos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. 69, 1993. Separata.

_____. *Direito público do ambiente*. Coimbra : Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

_____. *Estado de direito*. Lisboa : Gradiva, 1999.

_____. *Procedimento administrativo e defesa do ambiente*. Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, n. 3802, 1991.

_____. *Proteção do ambiente e direito propriedade*. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.

CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecologia : de lãs razones a los derechos*. Granada : Ecorama, 1994.

CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. *A propriedade ou a vida*. Folha de São Paulo, A3, 25.12.90.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CRETELLA JUNIOR, Jose. *Regime jurídico do tombamento*. Revista de Direito Administrativo 112.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *A questão constitucional: propriedade, ordem econômica e dano ambiental. Competência legislativa concorrente*. BENJAMIM, Antonio Herman V (Coord). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo : Max Limonad, 2001.

_____. *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 27, jul0-set. 2002.

DICIONÁRIO LAROUSSE ilustrado da língua portuguesa. São Paulo: Larousse do Brasil, 2004.

DIAS, Joaquim José de Barros. *Direito Civil*. Coord.: Renan Lotufo. São Paulo : Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DRUCKER, Peter Ferdinand. *A sociedade*. São Paulo: Nobel, 2001. p. 25.

DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones Del Derecho – Publico y Privado*. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaés. Buenos Aieres: Editorial Heliasta, s/d

FACHIN, Luiz Edson. *Novas limitações ao direito de propriedade: do espaço privado à função social*. Livro de Teses da XVI Conferência Nacional dos Advogados. Fortaleza, 1996.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERREIRA JORDÃO, Eduardo. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. & LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Desapropriações Ambientais na Lei 9.985/2000*. In: *Direito Ambiental das Áreas Protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. 2.ed.rev. São Paulo : Max Limonad, 1999.

FRANCO, José Gustavo de Oliveira. *Direito Ambiental, Matas Ciliares*. Curitiba: Juruá, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direito administrativo e meio ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. *Responsabilidade do Estado em caso de falência do concessionário*. São Paulo: Minelli, 2003.

GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Direitos Reais*. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Editora RT, 1981.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado* Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid : Editorial Civitas, 1995.

_____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst. MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid : Marcial Pons, 1996.

_____. *Derecho Constitucional y Derecho Privado* Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid : Editorial Civitas, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, José Rubens Morato. *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

_____. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Zonas de Amortecimento e zonas de transição em unidades de conservação* in Revista de Direitos Difusos. Ano IV. v. 17. São Paulo, 2003.

LOCKE, John. *Da propriedade*. Carta Acerca da Tolerância; Segundo Tratado sobre o Governo; Ensaio acerca do entendimento humano. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. Cap. V. São Paulo: Abril cultural, 1978.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade Pública por Atividades Judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 5. ed. Madrid : Tecnos, 1995.

_____. *La funcion de los derechos fundamentales em el constitucionalismo contemporâneo*. 7. ed. Madrid : Tecnos, 1998.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O direito ambiental e a proteção das florestas no século XXI*. In: BENJAMIN, Antonio Herman. (Org.). A Proteção Jurídica das Florestas Tropicais. *Anais do 3º Congresso internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: IMESP, 1999.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *Comentário ao Código Florestal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Ambiental*. 2.ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003.

_____. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3ª. ed. rev. atual. 2ª. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. 1. ed. (1998), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2005.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro Primeiro. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

MEADOWS. Donella H, MEADOWS. Dennis L, RANDERS. Jorgen, BEHRENS II, WILLIAM. W. *Limites do Crescimento, Um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o Dilema da Humanidade*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo : RT, 1991.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILANO, Miguel Serediuk. Unidades de Conservação – Técnica, Lei e Ética para a Conservação da Biodiversidade. In: *Direito Ambiental das Áreas Protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Fundamentos do direito ambiental no Brasil*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, v. 7, 1994.

_____. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MMA. Secretaria de Coordenação da Amazônia. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Programa-Piloto para a Proteção das Florestas Tropicais do Brasil – PPG-7. *Projeto Corredores Ecológicos*, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, 3º Volume. São Paulo: Saraiva, 1991, pg. 91.

MORAES, José Diniz. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre meio ambiente* (1972). In: SILVA, G. E. do N. e. *Direito ambiental internacional*. Rio de Janeiro: Thex, 1995.

OLIVEIRA, Heli Alves de. *Da responsabilidade do Estado por danos ambientais*. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

PÁDUA, Maria Tereza Jorge. Área de Proteção Ambiental in *Direito Ambiental das Áreas Protegidas*. Coord. Antonio Herman Benjamin. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

PEREIRA, Osny Duarte. *Direito Florestal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PIVA, RUI Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PUREZA, José Manuel. *O patrimônio comum da humanidade : rumo a um direito internacional da solidariedade*. Porto: Afrontamento, 1998.

PROUDHON, Pierre Joseph. *Que es la propiedad?* Madrid: Editora Orbis SA, 1984.

RAU, Virginia. *Sesmarias Medievais Portuguesas*. Lisboa: Editorial Presença, 1982.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*; organização e prefácio por Aurélio Wander Bastos. Tradução de Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

REVISTA ÉPOCA, nº 439, Edição Verde, 16 de outubro de 2006, São Paulo: Editora Globo.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406 de 10.01.2002*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODOTÀ, Stefano. *El Terrible Derecho: Estudios sobre la propiedad privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

ROSATTI, Horacio D. *Derecho Ambiental Constitucional*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

RUBINO, D. Odiere tendenze sui limiti del diritto di proprietà in RODOTÀ, Stefano. *El Terrible Derecho: Estudios sobre la propiedad privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

SANTILLI, Juliana. O Sistema Nacional de Unidades de Conservação: Uma visão socioambiental in *Socioambientalismo: Uma realidade - Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho*. SILVA, Leticia Borges e OLIVEIRA, Paulo Celso de. (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOLOCI, Stefano Maglia. *Il Codice Dell'Ambiente. Ilustrato com il commento, la giurisprudenza ed il formulário*. 14. ed. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003.

VARELA, Laura Beck. *Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um Estudo de História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

WOOD, Ellen Meiksins Wood. As origens agrárias do capitalismo. Artigo publicado originalmente em *Monthly Review*. v. 50. nº 3. julho/agosto de 1988. Tradução de Lúcia Osório Silva.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)