

FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS
ALINE FELIPPE PACHECO SARTÓRIO

**DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL AO MEIO
AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: A
QUESTÃO DA ININDENIZABILIDADE DAS ÁREAS DE
PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL,
EM VIRTUDE DA FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA
PROPRIEDADE RURAL.**

VITÓRIA
2006

FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS
ALINE FELIPPE PACHECO SARTÓRIO

**DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL AO MEIO
AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: A
QUESTÃO DA ININDENIZABILIDADE DAS ÁREAS DE
PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL,
EM VIRTUDE DA FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA
PROPRIEDADE RURAL.**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais – Área de Concentração: Direitos Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor Marcelo Abelha Rodrigues.

VITÓRIA
2006

FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS
ALINE FELIPPE PACHECO SARTÓRIO

**DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL AO MEIO
AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: A
QUESTÃO DA ININDENIZABILIDADE DAS ÁREAS DE
PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL,
EM VIRTUDE DA FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA
PROPRIEDADE RURAL.**

BANCA EXAMINADORA:

**Professor Doutor Marcelo Abelha
Rodrigues (Orientador)**

VITÓRIA
2006

Dedico esta dissertação aos meus pais, que me deram todo o carinho e apoio possíveis e sempre me incentivaram a estudar.

Ao Elvio, por ser simplesmente o meu amor.

Agradeço a Deus pela vida, saúde e possibilidade de terminar o curso de mestrado.

Ao Prof. Marcelo Abelha Rodrigues pelas lições de respeito ao meio ambiente.

A todos os professores do curso de Mestrado, da Pós-Graduação e da Graduação da FDV que colaboraram com minha formação jurídica.

RESUMO

A dissertação parte da análise do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para responder a questão orientadora da pesquisa: as áreas de preservação permanente e as reservas legais constituídas em função da aplicação do princípio da função sócio-ambiental da propriedade rural devem ensejar indenização ao proprietário? Para se chegar ao problema central, foram traçados quatro objetivos. O primeiro foi abordar a mudança de paradigmas que ocorreu no mundo, repercutindo na evolução do direito, partindo então de uma base individualista para uma visão coletivista em que novos direitos surgiram em função de uma nova percepção da realidade. O segundo foi analisar o direito fundamental da propriedade privada, bem como sua evolução histórica e o princípio da função social da propriedade. O terceiro foi analisar o direito ambiental, passando por seu histórico, pela mudança de visão sobre o meio ambiente partindo de um antropocentrismo puro até o momento atual e pelos seus princípios. O último objetivo foi fazer uma releitura do direito de propriedade a luz da proteção ambiental. Por fim, se entendeu que, em regra, a instituição de reserva legal e de área de preservação permanente não ensejam indenização ao proprietário.

ABSTRACT

The dissertation begins from the analysis of fundamental law to environment ecology equilibrated to answer the question of search. The permanent preservation areas and lawful reservation constituted in function of the application and the principle of the function partner environment from the rural property must result indemnity to the proprietor? For you come to the central problem were traced four objectives: -The First was approach the change of paradigms that was happened in the world reverberating in a right evolution beginning from the single base for the collectivity that appeared new rights in function of new reality perception. -The Second was analysis the fundamental right of the private propriety. -The Third was analysis the environment right passing in his historic of view changes about the environment beginning at pure anthropocentrism till the actual moment and his principles. -The last objective was made a reread of propriety right, the light of environment protection. It was understood that in rule the institution of reservation right and the permanent preservation area don't result indemnity to the proprietor.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| 1. INTRODUÇÃO | 08 |
| 2. OS PARADIGMAS CIENTÍFICOS E OS REFLEXOS NO DIREITO AMBIENTAL E DE PROPRIEDADE..... | 09 |
| QUESTÕES METODOLÓGICAS SOBRE O OLHAR DO PESQUISADOR | 09 |
| NOÇÕES GERAIS SOBRE PARADIGMAS..... | 12 |
| CRISE DO PARADIGMA DA MODERNIDADE E A BUSCA DE UM PARADIGMA “DE CONHECIMENTO PRUDENTE PARA UMA VIDA DECENTE” | 15 |
| MUDANÇA DE PARADIGMAS: INDIVIDUALISMO X COLETIVISMO | 22 |
| EVOLUÇÃO DOS DIREITOS: GERAÇÕES E DIMENSÕES | 27 |
| 3. DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL: PROPRIEDADE PRIVADA..... | 39 |
| DIREITO DE PROPRIEDADE | 39 |
| Conceito e características | 39 |
| Natureza do direito de propriedade..... | 47 |
| EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE..... | 53 |
| EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO..... | 59 |
| PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE..... | 62 |
| Função social: interior ou exterior ao direito de propriedade? | 66 |
| 4. MEIO AMBIENTE: noções gerais..... | 74 |
| BREVE HISTÓRICO DO DIREITO AMBIENTAL..... | 74 |
| ..ANTROPOCENTRISMO PURO, MITIGADO E NÃO-ANTROPOCENTRISMO | 83 |
| PRINCÍPIOS DO DIREITO DO MEIO AMBIENTE..... | 90 |
| Ubiquidade | 92 |
| Desenvolvimento Sustentável..... | 95 |
| Participação | 99 |
| Poluidor-Pagador | 102 |
| Princípios de Concretização do Poluidor/Usuário-Pagador | 107 |
| 4.4.4.1.1 Prevenção e Prevenção | 107 |
| 4.4.4.1.2 Função Sócio-Ambiental da Propriedade Privada..... | 110 |
| 4.4.4.1.3 Responsabilidade Ambiental | 113 |
| 5. PROPRIEDADE PRIVADA E MEIO AMBIENTE: RELEITURA DA PROPRIEDADE PRIVADA EM PROL DO MEIO AMBIENTE | 115 |
| BEM AMBIENTAL..... | 115 |
| ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS..... | 119 |
| ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE..... | 122 |
| RESERVA LEGAL | 126 |
| CABIMENTO OU NÃO DA INDENIZAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DAS RESERVAS LEGAIS | 132 |
| 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 142 |
| 7. REFERÊNCIAS..... | 144 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte da análise do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para responder a questão orientadora da pesquisa: as áreas de preservação permanente e as reservas legais constituídas em função da aplicação do princípio da função sócio-ambiental da propriedade rural devem ensejar indenização ao proprietário?

Para chegar ao problema central a pesquisa foi dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo trata da mudança de paradigmas que ocorreu no mundo, repercutindo na evolução do direito, partindo então de uma base individualista para uma visão coletivista em que novos direitos surgiram em função de uma nova percepção da realidade.

O segundo capítulo trata do direito fundamental da propriedade privada, e são analisadas a evolução histórica e o princípio da função social da propriedade.

O terceiro capítulo aborda o meio ambiente, passando pela análise do histórico do direito ambiental, da mudança de visão sobre o meio ambiente partindo de um antropocentrismo puro até o momento atual. Além disso, elenca os seguintes princípios do direito ambiental: Ubiquidade, Desenvolvimento Sustentável, Participação, Poluidor-Pagador, Princípios de Concretização do Poluidor/Usuário-Pagador (Prevenção e Prevenção, Função Sócio-Ambiental da Propriedade Privada e Responsabilidade Ambiental).

O quarto capítulo faz uma junção dos direitos fundamentais analisados nos capítulos dois e três, aliados a evolução dos direitos do capítulo um para fazer uma releitura do direito de propriedade a luz da proteção ambiental. Para tanto, são abordados os seguintes assuntos: Bem ambiental, Espaços Territoriais Especialmente Protegidos, Áreas de Preservação Permanente, Reserva Legal e, por fim, o cabimento ou não da Indenização das Áreas de Preservação Permanente e das Reservas Legais.

1. OS PARADIGMAS CIENTÍFICOS E OS REFLEXOS NO DIREITO AMBIENTAL E DE PROPRIEDADE

a. QUESTÕES METODOLÓGICAS SOBRE O OLHAR DO PESQUISADOR

De início se faz necessário tecer breves comentários sobre o problema da gênese de conhecimento (empirismo, racionalismo e dialética), de forma a indicar o norte que encaminhará a elaboração do presente trabalho.

O empirismo é uma forma de se obter conhecimento com base na experiência sensível. Supõe-se que o conhecimento nasce do objeto e ao observador cabe então, apenas, registrar e descrevê-lo tal como ele é. O observador não influencia na obtenção do conhecimento. O vetor epistemológico parte do objeto em direção ao sujeito. Nesse aspecto é importante realçar que o positivismo¹ possui raízes no empirismo, eis que se prende ao objeto.

O racionalismo, ao contrário do empirismo, eleva a importância do sujeito, eis que é dele que advém o conhecimento. O objeto é mero ponto de referência e muitas vezes é ignorado como, por exemplo, pelo idealismo que é a forma extremada do racionalismo. O vetor epistemológico, ao contrário do empirismo, parte do sujeito em direção do objeto. Daí advém a escola do Direito Natural segundo a qual a origem do direito seria metafísica, seja ela divina ou não, o que interessa é que, de fato, o direito é algo que está acima dos homens, além do bem e do mal, e deve ser aplicado de forma absoluta. Parte da corrente entendia que o direito seria expressão dos mandamentos de Deus.

¹ Todavia, a corrente do positivismo jurídico, possui base racionalista (neokantiana). Basta recordar de Hans Kelsen que elabora sua disciplina diferenciando o mundo do ser (normas jurídicas) do mundo do dever ser (mundo real), numa clara alusão a Kant.

Ocorre que tanto o empirismo quanto o racionalismo cometeram o mesmo equívoco: formularam acepções metafísicas que separam o objeto do sujeito, dando maior ênfase a um em detrimento do outro.

A dialética surgiu como unificação do objeto à razão, eis que para ela o que importa na questão do conhecimento é a relação entre eles. Ela almeja analisar as reais condições do ato cognitivo dentro do processo de sua elaboração, de forma que o observador influencie no resultado da pesquisa em função de sua bagagem teórica. Ela é antidogmatismo, pois, para ela, a verdade é algo que se processa, desenvolve e realiza em função da união entre sujeito e objeto.

A sistematização da² Ciência do Direito, entendida como Dogmática Jurídica, se dá em três níveis, quais sejam, Dogmática Analítica, Dogmática Hermenêutica e Dogmática da Decisão.

A Dogmática Analítica é a ciência do Direito com ênfase na teoria da norma, por meio da qual se analisa seu repertório (normas jurídicas) e estrutura (normas de relacionamento e organização). A análise se dá no plano sintático, ou seja, na relação entre signo e signo.

A Dogmática Hermenêutica é a ciência do Direito focada na questão da interpretação das normas, onde se faz uso de técnicas para analisar a norma na relação semântica (relação signo – significado) não somente no que tange ao aspecto literal, mas levando em consideração fatores axiológicos, teleológicos, sistemáticos, dentre outros.

A Dogmática da Decisão ou teoria da argumentação jurídica é a responsável pelo que se entende ser o objetivo da Dogmática Jurídica como um todo: absorver as inseguranças por meio de uma decisão. Aqui se leva em consideração a relação pragmática (signo - sujeito) para de fato aplicar a norma.

² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p p. 91.

O racionalismo está atrelado à Dogmática Analítica, ambos partem de um ponto para se desenvolverem e não levam em conta aspectos alheios à sua essência. Assim como o racionalismo não se importa com a experiência sensível, a Dogmática Analítica não se importa com nada que esteja fora da norma jurídica. A norma/razão está acima de tudo.

A dialética está diretamente ligada à Dogmática Hermenêutica, de forma que o fenômeno jurídico deve ser visto, analisado, interpretado em seu aspecto amplo para propiciar uma compreensão global. Aprecia a questão dinâmica do Direito, o contínuo movimento que ocorre nas relações.

O empirismo, por fim, liga-se a Dogmática da Decisão cujo objetivo é absorver as inseguranças dos cidadãos com vistas a decidibilidade dos conflitos. Com isso se quer dizer que é necessário tentar transformar o fenômeno jurídico para proporcionar solução (mesmo que provisória). Há que se abarcar as questões axiológicas, pois o jurista não deve agir como escravo da norma, deve se preocupar em resolver a questão que lhe foi posta.

Percebe-se que uma pesquisa baseada no normativismo seria eminentemente dogmática (teoria da norma). Partir-se-ia do ordenamento jurídico para dentro dele buscar alternativas para a solução do problema apresentado. Não se levaria em conta os fatos sociais que originaram a norma ou que poderiam ser afetados com o resultado da pesquisa, assim como também se ignorariam os valores (princípios) envolvidos. A pesquisa seria fria, seca, objetiva com base na lógica formal e no método dedutivo (partir-se-ia da norma geral para resolver os problemas particulares).

O desenvolvimento da pesquisa depende primordialmente da concepção do pesquisador sobre o que é direito, a partir de seu modo de enxergar as coisas pode-se entender onde ele deseja chegar.

A concepção pretendida é de que o objeto principal da ciência do Direito é o fenômeno jurídico (fato, valor e também, mas não somente, norma) que deve ser entendido dentro de um determinado espaço-tempo social. Não se trata do objeto

real (dado), mas do objeto construído de acordo com o referencial teórico. Dessa forma qualquer fenômeno social pode ser estudado, desde que se aplique a correta metodologia. Todavia, entende-se que a ciência do Direito não pode explicar o fenômeno em todos os seus aspectos em função de sua “n-dimensionalidade”. A solução então passa por uma análise interdisciplinar.

O método utilizado será o dialético que confronta a norma jurídica com o conteúdo social permitindo uma maior interação entre os diversos fatores que compõem o objeto.

b. NOÇÕES GERAIS SOBRE PARADIGMAS

Para entender melhor toda e qualquer área de conhecimento se faz necessário entender a forma como ela foi concebida para visualizar melhor sua estrutura, suas premissas e seus paradigmas. Entender uma ciência não significa apenas se debruçar em livros técnicos, específicos sobre o tema, mas, antes disso, tentar entender o ambiente em que as teorias surgiram e com que motivo elas foram desenvolvidas, uma vez que por trás de simples noções podem ser encontradas ideologias que conduzem o conhecimento para uma certa direção e não para outra.

A idéia de paradigma e sua influência no desenvolvimento da ciência foi estudado por Thomas Kuhn, em sua obra “A estrutura das revoluções científicas”, onde ele demonstra ter ficado impressionado com os desacordos existentes entre os cientistas sociais no tocante à “natureza dos métodos e problemas científicos legítimos”³. A partir de tal constatação ele desenvolveu a noção de paradigmas que podem ser entendidos como *“as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”*.⁴

A palavra paradigma significa um modelo ou um conjunto das formas básicas e dominantes do modo de se compreender o mundo, uma sociedade ou mesmo uma civilização; do modo de se perceber, pensar,

³ KUNH, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva. 2001, 257, p. 13.

⁴ KUNH, 2001, p. 13.

acreditar, avaliar, comentar e agir, de acordo com uma visão particular do mundo.

Pode-se dizer que um paradigma é a percepção geral e comum, não necessariamente a melhor, de se ver um determinado ente, seja ele um objeto, um fenômeno ou um conjunto de idéias. Ao mesmo tempo, ao ser aceito, um paradigma serve como critério de verdade e de validação e reconhecimento nos meios onde é adotado. Segundo Thomas Khun um paradigma é muito mais que uma teoria, pois implica uma estrutura que gera teorias, produzindo pensamentos e explicações e representando um sistema de aprender a aprender que determina todo o processo futuro de aprendizagem.⁵

A ausência de um paradigma faz com que todo e qualquer fato pertinente ao desenvolvimento de uma ciência seja considerado relevante e isso faz com que as primeiras coletas de dados pareçam mais atividades ao acaso do que investigações científicas⁶. A repercussão de tal situação é que inúmeras teorias podem surgir para tentar explicar diferentes fenômenos e nenhuma delas poderá ser tomada como a correta enquanto não se demonstrar realmente melhor que as concorrentes, uma vez que o que faz um paradigma não é o fato dele conseguir responder todos os problemas, mas, sim o fato dele fazê-lo com mais competência, *“Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada”*.⁷

Os paradigmas não têm duração eterna, eles são fruto das dúvidas e incertezas de seu tempo e das melhores respostas que surgiram para sanar tais problemas, de forma que se trata de uma questão temporalmente ligada a fatores históricos e sociais. *“Os paradigmas podem mudar porque o poder explicativo dos conceitos teóricos falha diante de desafios históricos”*⁸. Boaventura de Souza Santos esclarece que *“As ciências sociais não podem estabelecer leis universais porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados.”*⁹ Tais paradigmas se sustentam enquanto forem capazes de oferecer respostas aos problemas, mas, a partir do momento em que deixarem mais dúvidas

⁵ DUARTE JÚNIOR, Durval. **Paradigmas em mutação: a evolução do conhecimento humano**. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna Ltda, 2004. 118p. p. 01.

⁶ KUNH, 2001, p. 35.

⁷ KUNH, 2001, p. 38.

⁸ HELLER, Agnes [et al.] **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI** – Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. 268 p. p. 110.

⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2004. 92 p. P. 36

do que certezas, eles serão novamente colocados em xeque e sua manutenção entrará em crise até que se consiga evoluir para um novo paradigma.

A decadência de um paradigma começa com a sensação de que ele não consegue mais solucionar as questões que surgem ou que as soluções oferecidas por ele são, muitas vezes, ineficientes.

A crise de um paradigma aparece quando não só essa ou aquela resposta desse ou daquele cientista às questões colocadas pelo público não são satisfatórias, mas também quando são insuficientes ou mesmo ridículas. A crise irrompe quando é impossível encontrar, para um público mais amplo, respostas científicas plausíveis para desafios reais. Na análise de Kuhn, um paradigma está em crise quando a comunidade científica está em vias de perder a crença em seu poder explicativo ou quando surgem paradigmas alternativos capazes de competir.¹⁰

O período que se inicia com a ineficácia do paradigma dominante até a elevação de um novo paradigma é geralmente constituído de momentos de desgaste intelectual e profissional, além dos problemas fáticos que não conseguem pacificação em função de dúvidas teóricas sobre que orientações devem ser aplicadas, de maneira que se indaga se as antigas resolvem, se devem ser totalmente adaptadas para forjar uma solução provisória ou se devem, de fato, ser abandonadas de uma vez por todas para permitir que as novas idéias possam, então, resolver os novos problemas que não existiam na origem do paradigma anterior. O desprezo do paradigma anterior não significa um menosprezo ao seu conteúdo, nem uma ofensa a seus idealizadores, mas, apenas, a constatação de que como o seu tempo histórico já passou, ele não consegue mais oferecer soluções como outrora, uma vez que a base sobre a qual foi construído foi alterada na essência.

A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras.¹¹

As ciências sociais, dentre as quais se encontra o Direito, passam por um momento de discussão paradigmática e tal debate possui repercussão direta no objeto da

¹⁰ HELLER, 1999, P. 110.

¹¹ KUHN, 2001, P. 95.

presente dissertação, uma vez que se as premissas a serem colocadas forem baseadas no paradigma dominante, certamente, de início, já será possível indicar as conclusões a serem apontadas, eis que se continuará amarrado a fortes laços em função de costumes e até mesmo de uma pressão interna. No entanto, a partir do momento em que passarmos a discutir as próprias bases sobre as quais o estudo se desenvolverá, aí sim, será possível, implementar uma pesquisa com um pouco mais de liberdade, e isso porque *“O que um homem vê depende tanto daquilo que ele olha como daquilo que sua experiência visual-conceitual prévia o ensinou a ver”*¹² .

Ao contrário do que se passa com a morte dos indivíduos, a morte de um dado paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há de suceder. Por outro lado, também ao contrário do que sucede com os indivíduos, só muitos anos, senão séculos, depois da morte de um paradigma sócio-cultural, é possível afirmar com segurança que morreu e determinar a data, sempre aproximada, da sua morte. A passagem entre paradigmas – a transição paradigmática – é assim, semi-cega e semi-invisível. Só pode ser percorrida por um pensamento construído, ele próprio, com economia de pilares e habituado a transformar silêncios, sussurros e ressaltos insignificantes em preciosos sinais de orientação.¹³

c. CRISE DO PARADIGMA DA MODERNIDADE E A BUSCA DE UM PARADIGMA “DE CONHECIMENTO PRUDENTE PARA UMA VIDA DECENTE”

A discussão acerca dos paradigmas nas ciências sociais pode tomar uma série de rumos diferentes dependendo tão somente do ponto de partida e do objeto que se pretende analisar. Tomaremos por base a análise de Boaventura de Souza Santos sobre o momento de transição paradigmática da modernidade para a “pós – modernidade” pelo qual a sociedade mundial vem passando.

¹² KUHN, 2001,, p. 148.

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 01: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 15

Na obra “A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência”, Boaventura de Souza Santos analisa a questão da transição paradigmática partindo da demonstração da essência da modernidade.

A transição paradigmática tem várias dimensões que evoluem em ritmos desiguais. Distingo duas dimensões principais: a epistemológica e a societal. A transição epistemológica ocorre entre o paradigma dominante da ciência moderna e o paradigma emergente que designo por paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente. A transição societal menos visível ocorre do paradigma dominante – sociedade patriarcal; produção capitalista; consumismo individualista e mercadorizado; identidades-fortaleza; democracia autoritária; desenvolvimento global desigual e excludente – para um paradigma ou conjunto de paradigmas que por enquanto não conhecemos senão as “vibrações ascendentes” de que falava Fourier.¹⁴

Conforme demonstra o referido autor, o paradigma da modernidade foi firmado sob alguns itens que tem sofrido seguidas críticas, quais sejam, a sociedade patriarcal, a produção capitalista, assim como o próprio sistema capitalista e sua lógica altamente consumista e individualista, a democracia autoritária que não privilegia a voz do povo e o desenvolvimento desigual e excludente. Ele denomina um provável novo paradigma de “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente”, demonstrando de antemão que a questão ética deve permear tais novos pensamentos e não apenas, ideais de alta produtividade sem levar em consideração o ser humano e o meio ambiente onde ele vive.

Para Santos, o paradigma da modernidade, sobre qual todo o direito atual surgiu, se baseou em três princípios: mercado, Estado e comunidade.

O paradigma da modernidade é muito rico e complexo, tão suscetível de variações profundas como de desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares, o da regulação e o da emancipação, cada um constituído por três princípios ou lógicas. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, formulado essencialmente por Hobbes, pelo princípio do mercado, desenvolvido sobretudo por Locke e por Adam Smith, e pelo princípio da comunidade, que domina toda a teoria social e política de Rousseau. O princípio do Estado consiste na obrigação política vertical entre cidadãos e Estado. O princípio do mercado consiste na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os parceiros de mercado. O princípio da comunidade consiste na obrigação política horizontal solidária entre membros da comunidade e entre associações. O pilar da emancipação é constituído pelas três lógicas de racionalidade definidas por Weber: a racionalidade estético-expressiva das artes e da

¹⁴ SANTOS (B), 2001, p. 16.

literatura, a racionalidade cognitivo - instrumental da ciência e da tecnologia e a racionalidade moral-prática da ética e do direito.¹⁵

Cada um destes três princípios foi defendido com mais vigor por um dos três filósofos contratualistas: Thomas Hobbes sustentava o princípio do Estado com mais ênfase, demonstrando que tal elemento era primordial em suas teorias, assinalando, portanto, o dever de cumprimento dos cidadãos aos ditames estatais; John Locke desenvolveu seus ensinamentos com base no princípio do mercado, que se preocupava com as relações existentes entre os atores que atuam no desenvolvimento do mercado, sob uma ótica exclusivamente individualista, fato que explica sua fixação pelo direito de propriedade; de outro lado, o contratualista Jean Jacques Rousseau tomou como norte o princípio da comunidade para guiar suas orientações políticas no benefício social, do interesse público.

A modernidade baseada nos princípios expostos se desenvolveu garantindo a todos algumas promessas de sucesso em diversas áreas: igualdade entre países ricos e pobres, liberdade, paz mundial, promessa de dominação da natureza e do seu uso para o benefício comum da humanidade, combate à fome, dentre outras. Ocorre que tais promessas não passaram de meras promessas e passaram a ser reais problemas a serem resolvidos, ou seja, problemas criados sob um paradigma e que devem ser resolvidos sob outro, uma vez que o original não foi suficientemente capaz de solucionar os problemas criados.

No que tange a promessa de igualdade os países *“capitalistas avançados com 21% da população mundial controlam 78% da produção mundial de bens e serviços e consomem 75% de toda a energia produzida¹⁶”*, ou seja, uma minoria capitalista voraz controla a maioria ineficiente. Como se não bastasse, com relação à promessa de combate a fome a situação não foi muito melhor, uma vez que *“mais pessoas morreram de fome no nosso século que em qualquer dos séculos precedentes¹⁷”*. Isso se deu principalmente em função de que *“A distância entre países ricos e países pobres e entre ricos e pobres no mesmo país não tem cessado de*

¹⁵ SANTOS (B), 2001, p. 50.

¹⁶ SANTOS (B), 2001, p. 23

¹⁷ SANTOS (B), 2001, p. 23.

*umentar*¹⁸. A verdade é que “A promessa de uma sociedade mais justa e livre, assente na criação da riqueza tornada possível pela conversão da ciência em força produtiva, conduziu à espoliação do chamado Terceiro Mundo”¹⁹ e além dessa exploração desmedida também se verificou “um abismo cada vez maior entre o Norte e o Sul”²⁰. A promessa do combate à fome se demonstrou totalmente desastrosa, tendo em vista que “Neste século morreu mais gente de fome do que em qualquer dos séculos anteriores, e mesmo nos países mais desenvolvidos continua a subir a percentagem dos socialmente excluídos, aqueles que vivem abaixo do nível de pobreza (o chamado “Terceiro Mundo interior)”²¹.

A situação verificada com relação à promessa da liberdade não foi diferente. Aparentemente a situação parece melhor, haja vista que grande parte dos países aderiu a regimes democráticos, no entanto “as violações dos direitos humanos em países vivendo formalmente em paz e democracia assumem proporções avassaladoras”²². Diariamente os noticiários demonstram que em países como Brasil, por exemplo, a violência prisional e policial se convolou em situação diária, corriqueira e contra a qual não parece haver uma solução visível.

A tão propalada paz perpétua não foi alcançada também, o que se verificou foi que mesmo “depois da queda do Muro de Berlim e do fim da guerra fria, a paz que muitos finalmente julgaram possível tornou-se uma cruel miragem”²³, o que era sonho tem se demonstrado um pesadelo cada dia maior “em face do aumento (...) dos conflitos entre Estados e sobretudo dos conflitos no interior dos Estados”²⁴. O que se tem constatado é que “A promessa de uma paz perpétua, baseada no comércio, na racionalização científica dos processos de decisão e das instituições, levou ao desenvolvimento tecnológico da guerra e ao aumento sem precedentes do seu poder destrutivo”²⁵.

¹⁸ SANTOS (B), 2001, p. 24

¹⁹ SANTOS (B), 2001, p. 56.

²⁰ SANTOS (B), 2001, p. 56

²¹ SANTOS (B), 2001, p.56

²² SANTOS (B), 2001, p. 24.

²³ SANTOS (B), 2001, p. 24.

²⁴ SANTOS (B), 2001, p. 24.

²⁵ SANTOS (B), 2001, p. 56

A promessa relativa à dominação da natureza em benefício da população se demonstrou uma grande piada, tendo em vista que *“foi cumprida de modo perverso sob a forma de destruição da natureza e da crise ecológica”*²⁶. O que ocorreu, de fato, foi que se *“conduziu a uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais, à catástrofe ecológica, à ameaça nuclear, à destruição da camada de ozono, e à emergência da biotecnologia, da engenharia genética”*²⁷ e, ainda *“conseqüente conversão do corpo humano em mercadoria última”*²⁸. Tal afirmação pode ser comprovada com alguns exemplos fornecidos por Boaventura de Souza Santos.

Nos últimos 50 anos o mundo perdeu cerca de um terço da sua cobertura florestal. Apesar de a floresta tropical fornecer 42% da biomassa vegetal e do oxigênio, 600.000 hectares de floresta mexicana são destruídos anualmente. As empresas multinacionais detêm hoje direitos de abate de árvores em 12 milhões de hectares da floresta amazônica. A desertificação e a falta de água são os problemas que mais vão afetar os países do Terceiro Mundo na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso a água potável.²⁹

O maior problema verificado foi que o advento do capitalismo em suas três etapas (capitalismo liberal, organizado e desorganizado) demonstrou que as promessas da modernidade (igualdade entre países pobres e ricos, liberdade, paz mundial, promessa da dominação da natureza, e do seu uso para o benefício comum da humanidade, combate a fome, etc...) não se concretizaram e ainda causaram uma grande alteração nas bases do pensamento moderno, de forma a se demonstrar uma verdadeira transição de paradigmas, momento no qual as bases modernas estão sendo discutidas, repensadas, destruídas para, então serem reconstruídas sob uma nova ótica: a ótica da solidariedade e, não mais, apenas do mercado.

Esta enumeração breve dos problemas que nos causam desconforto ou indignação é suficiente para nos obrigar a interrogarmo-nos criticamente sobre a natureza e a qualidade moral da nossa sociedade e a buscarmos alternativas teoricamente fundadas nas respostas que dermos a tais interrogações. Essas interrogações e essa busca estiveram sempre na base da teoria crítica moderna. Max Horkheimer definiu-a melhor que ninguém. Segundo ele, a teoria crítica moderna é, antes de mais, uma teoria fundada epistemologicamente na necessidade de superar o dualismo burguês entre o cientista individual produtor autônomo de conhecimento e a totalidade da actividade social que o rodeia: “A razão não pode ser transparente para consigo mesma enquanto os homens agirem como

²⁶ SANTOS (B), 2001, p.24.

²⁷ SANTOS (B), 2001, p. 56

²⁸ SANTOS (B), 2001, p. 56

²⁹ SANTOS (B), 2001, p. 24

membros de um organismo irracional” (Horkheimer, 1972: 208). Segundo ele, a irracionalidade da sociedade moderna reside em ela ser produto de uma vontade particular, o capitalismo, e não de uma vontade geral, “uma vontade unida e autoconsciente” (Horkheimer, 1972: 208).³⁰

Ocorre que, num primeiro momento, se entendeu que o mercado deveria caminhar por si só, sem muitas interferências do Estado. Em um segundo momento, se entendeu que o Estado necessitava sim de agir em alguns aspectos que não estariam sendo usufruídos pelos cidadãos e que seriam considerados necessários para a sobrevivência, enfatizando, dessa forma o princípio do Estado. Num terceiro momento, se verifica que a separação entre Estado e sociedade civil não pode ser tão incisiva como nos períodos anteriores, de modo que se começa a dar maior importância a ações baseadas no princípio da comunidade. O problema é que tal evolução não se deu de forma calma e pacífica, mas, sim questionando cada um desses princípios, num momento que se entendeu que, por mais que o princípio do mercado não possa ser abandonado, ele também não pode prevalecer sobre todos os outros de forma indiscutível. Sendo assim, surge a necessidade de se conciliar os três princípios para que o direito e o Estado possam agir em prol desse benefício maior, na busca de “conhecimento prudente para uma vida decente”.

No primeiro período do capitalismo, denominado capitalismo liberal, “*A soberania do povo transformou-se na soberania do Estado-nação dentro de um sistema interestatal; a vontade geral transformou-se na regra da maioria (...); o direito separou-se dos princípios éticos*”.³¹

No primeiro período, o período do capitalismo liberal, a autonomia e a universalidade do direito assentavam na unidade do Estado, e a unidade do Estado assentava na distinção entre Estado e sociedade civil e na especificidade funcional do Estado. A sociedade civil e, acima de tudo, as relações de mercado eram concebidas como auto-reguladas, e era ao Estado que cabia garantir essa autonomia.³²

No segundo período foi possível identificar uma diferença na forma de agir do Estado e no comportamento da sociedade que passou a exigir uma postura mais ativa e não deixar que tudo ficasse entregue nas mãos do mercado. “Com o Estado – Providencia a obrigação política horizontal transformou-se numa dupla obrigação

³⁰ SANTOS (B), 2001, p. 24-25.

³¹ SANTOS (B), 2001, p. 140.

³² SANTOS (B), 2001, p. 145.

vertical entre os contribuintes e o Estado, e entre os beneficiários das políticas sociais e o Estado.”³³ Isso fez com que “o exercício de autonomia que o princípio da comunidade pressupunha transformou-se num exercício de dependência relativamente ao Estado.”³⁴

O segundo período teve como objetivo principal tentar conciliar objetivos antagônicos e equilibrar interesses considerados impossíveis de convivência pacífica no primeiro período.

O terceiro período, chamado capitalismo desorganizado, recebeu essa denominação devido ao fato de que as formas anteriormente utilizadas estão sendo abandonadas e novas devem surgir.

Um sinal de que o capitalismo está atualmente mais bem organizado do que nunca é o fato de ele dominar todos os aspectos da vida social e ter conseguido neutralizar os seus inimigos tradicionais (o movimento socialista, o ativismo operário, as relações sociais não – mercantilizadas). Em todo o caso, essa organização é ainda muito opaca, e aquilo que já é visível parece bastante provisório, como se estivesse apenas a preparar caminho para as instituições, as regras e os processos que hão de constituir o novo modo de regulação. Neste sentido muito específico, é legítimo designar a nossa época por capitalismo desorganizado, um período de transição de um regime de acumulação capitalista para outro ou, como adiante propomos, de uma transição muito mais vasta de um paradigma societal para outro.³⁵

O que se verifica nesse período é que todos os conceitos estão sendo revistos e reformulados, principalmente, os de mercado e Estado, em função do rompimento das barreiras estatais e do surgimento de mercados globais que criam figuras mais fortes que os próprios Estados-nação, de forma a se repensar o próprio significado da soberania.

As transformações mais decisivas do terceiro período parecem estar a ocorrer sob a égide do princípio do mercado, que se afigura mais hegemônico que nunca no seio do pilar da regulação, dado que produz um excesso de sentido que invade o princípio do Estado e o princípio da comunidade, tendendo a dominá-los de forma muito mais profunda do que nos dois períodos anteriores. O crescimento espetacular dos mercados mundiais, juntamente com a emergência de sistemas mundiais de produção e de agentes econômicos transnacionais, minou a capacidade do Estado para regular o mercado ao nível nacional.(...)

³³ SANTOS (B), 2001,p. 148.

³⁴ SANTOS (B), 2001, p. 148.

³⁵ SANTOS (B), 2001, p. 153

O princípio do Estado está, também, a sofrer transformações drásticas. A ideologia e a prática do neoliberalismo, em combinação com as operações transnacionais das grandes empresas e das agências internacionais, conduziram a um certo esbatimento do protagonismo do Estado - nação como ator no sistema mundial. (...) O Estado parece estar a perder o estatuto de unidade privilegiada de análise e de prática social. Esta perda relativa de protagonismo do Estado nos países centrais tem tido um papel determinante nas políticas sociais. Desregulação, privatização, cidadania ativa, ressurgimento da comunidade são algumas das denominações do variado conjunto de políticas estatais com o objetivo comum de reduzir a responsabilidade do Estado na produção de bem-estar social.³⁶

Uma das grandes discussões tem acontecido com base no princípio do Estado, uma vez que ele se demonstrou ineficaz para resolver todos os problemas da humanidade, de forma que há necessidade de uma participação mais intensa de toda a sociedade e aí surgem então os novos movimentos solidários, as ONGs, a democracia participativa e principalmente a discussão ambiental que deve movimentar toda a sociedade, uma vez que o meio ambiente é patrimônio público de todos e não simplesmente do Estado.

d. MUDANÇA DE PARADIGMAS: INDIVIDUALISMO X COLETIVISMO

No período da Idade Média, o poder estava disperso por vários centros de poder, tais como Igreja, senhores feudais e reis, fato que gerava uma instabilidade política muito grande e uma constante disputa de poderes entre as diversas facções.³⁷

Com a autoridade central enfraquecida, as atividades legislativa, judicial e administrativa serão disputadas entre os reis, a Igreja, os senhores, as corporações e explicadas com o recurso a idéias variadas. A aspiração da Igreja em erigir um Império da Cristandade e a conseqüente pretensão de interferir em assuntos temporais estará fundada na religião. Os poderes militares, administrativos, fiscais e jurisdicionais dos senhores feudais serão explicados pela situação patrimonial, pela posse da terra, regulada pelo direito privado.³⁸

No período seguinte, conhecido como Idade Moderna, o poder político já se encontrava centralizado em torno de um soberano, de modo que era possível a

³⁶ SANTOS (B), 2001, p. 154-155

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ary. **Fundamentos de direito público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 189p. p.33.

³⁸ SUNDFELD, 2003, p 33.

identificação de regras. O problema era que tais regras somente beneficiavam o soberano.

O Estado exercia, em relação aos indivíduos, um poder de polícia. Daí referirem-se os autores, para identificar o Estado da época, ao *Estado'Polícia*, que impunha, de modo ilimitado, quaisquer obrigações ou restrições às atividades dos particulares. Em consequência, inexistiam direitos individuais contra o Estado (o indivíduo não podia exigir do Estado o respeito às normas regulando o exercício do poder político), mas apenas direitos dos indivíduos nas suas recíprocas relações (o indivíduo podia exigir do outro indivíduo a observância das normas reguladoras de suas relações recíprocas).³⁹ (grifos no original)

Até então, o indivíduo não possuía voz, não possuía direitos em relação ao soberano, ele nada podia exigir, mas apenas cumprir suas obrigações que podiam surgir a qualquer momento, desde que fosse esta a vontade do soberano. A transformação desse poder político ocorre na Idade Contemporânea, principalmente com a Revolução Francesa.

O que há de significativo neste novo período é que os sujeitos incumbidos de exercer o poder político deixarão de apenas impor normas aos outros, passando a dever obediência – no momento em que atuam – a certas normas jurídicas cuja finalidade é impor limites ao poder e permitir, em consequência, o controle do poder pelos seus destinatários.⁴⁰

O individualismo teve seu momento de crescimento e supremacia a partir da Revolução Francesa, momento em que a nova classe social, a burguesia, com base em interesses próprios de libertação e de crescimento do mercado, passou a lutar contra o *Ancien Regime*, para que suas atividades pudessem lograr êxito. De forma que, por mais nobre que tenham sido os resultados da dita Revolução, ela teve início, basicamente, porque uma nova classe social almejava respeito e reconhecimento para conseguir implementar suas atividades com vistas a alcançar sucesso.

Sob esse clima, pois, mais do que qualquer outro, era preciso derrubar privilégios da nobreza e colocarem-se em prática os valores sóciopolíticos da liberdade, igualdade e justiça, mais tarde transformados em “princípios motores” da vida social, pela Revolução Francesa, com seu lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”⁴¹.

³⁹ SUNDFELD, 2003, p. 34.

⁴⁰ SUNDFELD, 2003, p. 35.

⁴¹ DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1995, 119p. p. 11.

Ocorre que, para que isso acontecesse vários filósofos desenvolveram teorias para dar base à Revolução e, de fato, propugnaram por igualdade, liberdade e fraternidade, como forma de romper o regime absolutista reinante, por meio do qual o rei não errava nunca, uma vez que sua figura era a personificação do divino na Terra e todos os seus atos eram justificados por tal fator. Sendo assim, era permitido o cometimento de toda e qualquer atrocidade que estaria plenamente justificada, ou melhor, não precisava estar justificada, bastava a mera alegação de ser vontade do Rei. De acordo com Ivo Dantas,

O império soberano e infalível do poder sobrenatural, representado pelo papado, era, então, a palavra final de todas as discussões e o entendimento das causas de todo acontecer, até mesmo histórico. A razão e a livre crítica estavam subordinadas a princípios e preceitos religiosos. Não havia liberdade individual nem opção, porque ambas eram encaradas em uma perspectiva de fundo ético-religioso, sempre voltado, repita-se, para o cristianismo.⁴²

Esse estado de coisas era totalmente desfavorável aos burgueses que desejavam regras claras para que as pessoas pudessem desenvolver suas atividades e não só desejar um futuro melhor como também desejar adquirir mercadorias e, para tanto, precisavam derrubar o sistema existente para um que privilegiasse o ser humano individual e não o organismo do qual faz parte.

Passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos dos cidadãos emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.⁴³

Com base em tais sentimentos, então, foi deflagrada a Revolução Francesa, com a conseqüente queda do antigo regime que, de uma vez por todas, sepultou o Absolutismo e a partir daí passou a espalhar noções de individualismo por todas as regiões do globo terrestre, mormente no Ocidente.

O que se viu então foi o surgimento de uma nova classe social e, mais do que isso, o aparecimento do Estado Moderno e dos cidadãos que passaram a ser reconhecidos,

⁴² DANTAS, 1995, p. 12-13.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 217, p. 03.

a serem vistos como sujeitos de deveres e, principalmente, de direitos. O Estado também passou a ser visto como sujeito de deveres e não somente de direitos como ocorria até então. A partir de tal marco histórico ele passou a ser submetido às leis, assim como qualquer outro sujeito existente. Desta forma, o sujeito aparecia no cenário jurídico como possuidor de direitos e deveres, como ser que é detentor de carências individuais e não somente relativas a estrutura a qual pertence.

Exprime a Revolução Francesa o triunfo de uma classe e de uma nova ordem social. A ordem política, no entanto, saía daquele embate envolta no caos e na contradição das doutrinas que derrubaram o *ancien regime*.

Antes da Revolução tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalismo, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia – burguesia ou democracia – liberalismo.

Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal – democracia.⁴⁴

Desde então, o individualismo reina e influencia todas as áreas do saber.

Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; ou melhor, para citar o famoso artigo 2º da *Declaração* de 1789, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem “é o objetivo de toda associação política”. Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos. (...) O mesmo ocorre com relação ao tema da justiça: numa concepção orgânica, a definição mais apropriada do justo é a platônica, para a qual cada uma das partes de que é composto o corpo social deve desempenhar a função que lhe é própria; na concepção individualista, ao contrário, justo é que cada um seja tratado de modo que possa satisfazer as próprias necessidades e atingir os próprios fins, antes de mais nada a felicidade, que é um fim individual por excelência.⁴⁵

Ocorre que com a dinâmica da sociedade, com o desenvolvimento das pessoas, surgiram novas carências e daí houve necessidade de que o direito evoluísse para dar uma resposta. Norberto Bobbio esclarece em sua obra “A era dos direitos” que os direitos fundamentais são essencialmente históricos, de forma que nascem,

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2001. 230p. p.55.

⁴⁵ BOBBIO (A), 1992, p. 60.

surgem ou se começa a lutar por eles na medida em que se identifica na sociedade as carências que ensejam proteção.

Do ponto de vista histórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem todos de uma vez por todas. (...) Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los.⁴⁶

Isso foi especialmente identificado com a evolução do próprio Estado que de uma modalidade Absolutista, evoluiu para um Estado de Direito, daí para um Estado Democrático de Direito e então para um Estado Social Democrático de Direito. “*O mero Estado de Direito decerto controla o poder, e com isso protege os direitos individuais, mas não garante a participação dos destinatários no seu exercício*”.⁴⁷ Tal evolução se deu na própria óptica de atuação estatal, com o aumento de suas ações e da área de abrangência.

Se, num primeiro momento a preocupação era unicamente com a segurança (Estado de Polícia), posteriormente foi aumentada para a preservação dos direitos individuais e garantias dos mesmos (Estado de Direito), e em conseqüência, para uma maior participação dos cidadãos (Estado Democrático) para então evoluir para um Estado que também demonstrasse preocupações com as carências existentes no setor social (Estado social) que, por tal motivo, passou a agir com base em ações positivas e não mais meramente negativas, no sentido de não intervir. Agora, se entendia que certas carências individuais ou coletivas necessitavam de uma prestação positiva do Estado para efetivá-las.

A crise econômica do primeiro pós-guerra levou o Estado a assumir – forçado, diga-se, pelas exigências da própria sociedade – um papel ativo, seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poder econômico e miséria (defendendo trabalhadores em face de patrões, consumidores e em face de empresários. As Constituições mais modernas, sobretudo após Weimar (1919) e do México (1917), cuidaram de incorporar estas novas preocupações: a de desenvolvimento da sociedade e de valorização dos indivíduos socialmente inferiorizados. O

⁴⁶ BOBBIO (A), 1992, p. 05-06.

⁴⁷ SUNDFELD, 2003, p. 49.

Estado deixa seu papel não intervencionista para assumir nova postura: a de agente do desenvolvimento e da justiça social.⁴⁸

Em função disso, teve início o movimento de ampliação do rol de direitos e garantias sob um enfoque maior, não apenas, individualista, mas coletivista, dando ênfase a grupos, setores, fatos que abrangem coletividades não determinadas, ou seja, que abrangem a todos indistintamente, mas ninguém especificamente. Com base nisso, o direito teve que evoluir mais uma vez para sair do paradigma individualista para desenvolver meios que possam proteger tais direitos mais amplos que não se restringem ao indivíduo isolado.

A partir de tais alterações passou a se falar em diversos novos “ramos do Direito”: Direitos do Consumidor, dos idosos, da criança e do adolescente e, dentre outros, do Meio Ambiente.

e. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS: GERAÇÕES E DIMENSÕES

Para melhor se entender a transição do paradigma individualista para o coletivista, é mister analisar a evolução dos direitos que podem ser classificados sob diversos aspectos, sendo que uma das formas mais utilizadas é a das gerações que faz uso do lema da Revolução Francesa que profetizou até mesmo a seqüência histórica da gradativa institucionalização dos mesmos.

A primeira geração de direitos surge no século XVIII com o florescimento das liberdades públicas, são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos que correspondem à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Tais direitos surgem em função das revoluções burguesas, por meio das quais se tentava romper com o Estado Absolutista que imperava, de forma a garantir à nova classe ascendente, garantias que viabilizassem a expansão de suas atividades.

⁴⁸ SUNDFELD, 2003, p. 55.

Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, igualdade, segurança, propriedade, segurança, resistência às diversas formas de opressão. São direitos considerados inerentes à individualidade, tidos como verdadeiros atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos”.

Apareceram ao longo dos séculos XVIII e XIX como expressão de um cenário histórico marcado pelo ideário do jusnaturalismo secularizado, do racionalismo iluminista, do contratualismo societário e do capitalismo concorrencial. Socialmente o período consolida a hegemonia da classe burguesa, que alcança o poder através das chamadas revoluções norte-americana (1776) e francesa (1789). Esses direitos individuais, civis e políticos, surgem no contexto da formação do constitucionalismo clássico que sintetiza as teses do Estado democrático de Direito, da teoria da tripartição dos poderes, do princípio da soberania popular e da doutrina da universalidade dos direitos e garantais fundamentais.⁴⁹

Os direitos de primeira geração já se consolidaram globalmente, e se entende que toda Constituição digna desse nome deve reconhecê-los em toda a extensão. Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Prestigiam as prestações negativas, as quais geram um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, liberdade de locomoção, expressão, religião. Daí se percebe a contraposição entre sociedade e Estado, sem a qual não se constata o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos de liberdade.

Tais direitos surgiram e foram proclamados nas declarações de direitos de Virgínia (1776) e da França (1789). Posteriormente foram positivados pelas Constituições americana de 1787 e francesas de 1791 e 1793. Importa registrar que o Código Napoleônico (1804) foi totalmente fiel ao espírito liberal – individual reinante à sua época.

Valorizam o homem singular como ser único e portador de direitos que não podem ser diminuídos por outros indivíduos, nem mesmo pelo Estado. No entanto, os cidadãos perceberam que apenas possuir direitos contra o Estado não resolvia

⁴⁹ WOLKMER. 2003, p. 14.

todos os seus problemas, eis que também era necessário que este prestasse assistência, de forma que a evolução culminou com o aparecimento de outros direitos: os de 2ª geração.

Os direitos de 2ª geração surgiram no século XX, logo após a 1ª Grande Guerra. São os direitos sociais, culturais, econômicos que visam assegurar o bem-estar e a igualdade entre os homens, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem.

Igualdade é a razão de ser que ampara e estimula os direitos de 2ª geração. Foram objeto de formulação filosófica e política, tal como os direitos de 1ª geração introduzidos nas Declarações solenes das Constituições Marxistas e também no constitucionalismo da social democracia (Constituição de Weimar).

O capitalismo concorrencial evolui para a dinâmica financeira e monopolista, e a crise do modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado do Bem-Estar Social, que passa a arbitrar as relações entre o capital e o trabalho. O período ainda registra o desenvolvimento das correntes socialistas, anarquistas e reformistas. Não menos importante para os avanços sociais são: a posição da Igreja Católica com sua doutrina social (a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, 1891); os efeitos políticos das Revoluções Mexicana (1911) e Russa (1917); os impactos econômicos do keynesianismo e o intervencionismo estatal do New Deal. Cria-se a Organização Internacional do Trabalho (1919); o movimento sindical ganha força internacional; a socialização alcança a política e o Direito (nascem o Direito do Trabalho e o Direito Sindical).⁵⁰

Inicialmente passaram por uma fase de pouca normatividade e eficácia duvidosa, em virtude de sua natureza que exige uma atuação positiva do Estado. Foram então remetidos à esfera programática em função de não conterem para sua concretização as garantias normalmente utilizadas para resguardar os direitos da liberdade. A saída encontrada por algumas Constituições, como a brasileira, foi conferir a esses direitos, aplicabilidade imediata.

Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de

⁵⁰ WOLKMER, 2003, p. 15.

confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o "programa" é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de "direito"?⁵¹ (grifos no original)

A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade, tomasse também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado.

A evolução histórica que ensejou a bipartição das nações em desenvolvidas e subdesenvolvidas deu lugar a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. A evolução fez que com novos titulares de direito surgissem, inclusive titulares não mais especificados quantitativamente, mas, apenas qualitativamente, daí se falar em direitos coletivos, metaindividuais, evoluiu-se, então, para a 3ª geração.

De acordo com Paulo Bonavides⁵², de terceira geração são os direitos ligados à fraternidade, conforme assinalou Karel Vasak em 1979, na abertura dos trabalhos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem. Acrescentou que tais direitos possuem uma latitude tamanha que não englobam apenas proteção dos direitos individuais e coletivos.

Os direitos de 3ª geração são dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade e tendem a cristalizar-se enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

⁵¹ BOBBIO, 1992, p. 78.

⁵² BONAVIDES (B), 2000, 793 p.

De acordo com a teoria de Vasak⁵³, cinco direitos da fraternidade já teriam sido identificados: direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação.

Wolkmer⁵⁴ esclarece que se trata de direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, ou seja, direitos da solidariedade. A nota caracterizadora desses direitos “novos” é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem no privado.

Pode-se dizer que há duas diferentes abordagens sobre os direitos da 3ª geração: 1- faz uma interpretação abrangente acerca dos direitos de solidariedade ou fraternidade incluindo os direitos relacionados ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio, à qualidade de vida, o direito de comunicação, etc; 2- faz interpretação específica acerca de direitos transindividuais, abrangendo os direitos de titularidade coletiva e difusa, ressaltando a importância do Direito Ambiental e do Consumidor.

Os direitos transindividuais relacionados à proteção ao meio ambiente e ao consumidor começaram a surgir no período após a 2ª Grande Guerra, eis que o extermínio de vidas humanas e a destruição ambiental causados pelo desenvolvimento tecnológico desencadearam a criação de instrumentos normativos no âmbito internacional.

Transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, a amplitude dos sujeitos coletivos, as formas novas e específicas de subjetividade e a diversidade na maneira de ser em sociedade têm projetado e intensificado outros direitos que podem ser inseridos na “terceira dimensão”, como os direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina), direitos da criança, direitos do idoso (Terceira Idade), os direitos dos deficientes físico e mental, os direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais) e novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem)⁵⁵.

⁵³ BONAVIDES (B), 2000, p. 522.

⁵⁴ WOLKMER, 2003, p.16.

⁵⁵ WOLKMER, 2003, p. 18.

A legislação brasileira possui alguns diplomas que abordam tais direitos, são eles: A CF/88 (direitos não-expressos ou atípicos, art. 5º, § 2º), a Lei da Ação Civil Pública (n.º 7.347/85), o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n.º 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

A evolução social ensejou o aparecimento da quarta geração de direitos, na qual percebe-se na doutrina brasileira, uma pequena divergência quanto ao seu conteúdo.

Bonavides⁵⁶ entende que a nova gama de direitos surgiu em decorrência da globalização econômica e se consubstanciam nos direitos ligados à democracia. Essa fase de globalização política na esfera da normatividade jurídica ocasionou o surgimento dos direitos da 4ª geração que se consubstanciam na fase de institucionalização do Estado Social, referem-se ao direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo. Eles são determinantes para a materialização da sociedade aberta ao futuro em sua máxima dimensão de universalidade. A democracia deve ser direta e isenta dos fatores alheios de perturbação.

Wolkmer⁵⁷ desenvolveu a teoria por outro prisma entendendo que os direitos da 4ª geração são aqueles ligados à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, ou seja, direitos que possuem conexão direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgão, engenharia genética (clonagem), contracepção e outros. Tais questões não são afetas apenas ao Direito, muito pelo contrário, elas necessitam de uma abordagem interdisciplinar.

Reconhece Norberto Bobbio serem direitos de “quarta geração”, espelhando os “efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

Portanto, esses direitos emergiram no final do século XX e projetam grandes e desafiadoras discussões nos primórdios do novo milênio. Tal fato explica o descompasso e os limites da Ciência Jurídica convencional para regulamentar e proteger com efetividade esses procedimentos. Daí a prioridade de se redefinirem regras, os limites e as formas de controle que conduzam a uma prática normativa objetivada para o bem-estar e não a

⁵⁶ BONAVIDES (B), 2000, p. 524.

⁵⁷ WOLKMER, 2003, p. 18.

ameaça ao ser humano. Essas questões preocupantes reforçam a necessidade imperativa de uma legislação internacional⁵⁸.

Os direitos de 5ª geração também são advindos da globalização. As fronteiras entre nações diminuíram e um instrumento de comunicação usado intensamente para derrubar barreiras e criar um novo espaço de atuação do direito é a internet. De acordo com Wolkmer (2003, p. 19), de 5ª geração são os direitos advindos da tecnologia de informação (Internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.

Os problemas impostos pela nova estrutura de espaço-tempo advindas da internet, foram diagnosticadas por Santos:

As telecomunicações são cada vez mais a infraestrutura física de um tempo-espaço emergente: o tempo-espaço eletrônico, o ciber-espaço ou o tempo-espaço instantâneo. Este novo tempo-espaço tornar-se-á gradualmente o tempo-espaço privilegiado dos poderes globais. Através das redes metropolitanas e dos cibernódulos, esta forma de poder é exercida global e instantaneamente, afastando, ainda mais, a velha geografia do poder centrada em torno do Estado e do seu tempo-espaço⁵⁹.

O momento histórico de origem desses novos direitos é o da passagem do século XX para o novo milênio, no qual se verifica uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade do que podemos chamar de era virtual.

É importante esclarecer que o surgimento de cada geração de direito não significa a eliminação da geração anterior, muito pelo contrário, eles se sedimentam e dão base para os que estão no porvir.

A teorização dos diversos direitos fundamentais foi construída com base na noção de gerações. Todavia, hoje se questiona o uso de tal termo, eis que ele dá a idéia de se tratar de algo que ocorre de forma linear, numa seqüência lógica de superação do antecedente pelo conseqüente. No entanto, não é isso o que ocorre. Os direitos individuais não desapareceram com o surgimento dos sociais, econômicos, coletivos, muito pelo contrário, eles se completaram de forma harmônica, de maneira que já se pode falar em direitos transindividuais, que dizem respeito a toda uma

⁵⁸ WOLKMER, 2003, p. 19.

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Souza (org). **A globalização e as ciências sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002. 572p. p. 41.

coletividade e não mais a atores selecionados. Desta forma, atualmente prefere-se adotar a terminologia dimensão uma vez que o surgimento de cada geração de direito não significa a eliminação da geração anterior, muito pelo contrário, eles se sedimentam e dão base para os que estão no porvir.

A tradição linear e evolutiva da afirmação e conquista de direitos não tem deixado de realçar o valor atribuído às “necessidades” essenciais de cada época. Assim se explica a razão da priorização de “necessidades” por liberdade individual, na Europa Ocidental do século XVIII; de “necessidades” por participação política no século XIX; e por maior igualdade econômica e qualidade de vida no século XX. A proposição nuclear aqui é considerar os “novos” direitos como afirmação de necessidades históricas na relatividade e na pluralidade dos agentes sociais que hegemonizam uma dada formação societária. Neste sentido, (...) importa assinalar que mesmo inserindo as chamadas necessidades em grande parte nas condições de qualidade de vida, bem-estar e materialidade social, não se pode desconsiderar as determinantes individuais, políticas, religiosas, psicológicas, biológicas e culturais. A estrutura das necessidades humanas que permeia o indivíduo e a coletividade refere-se tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto à constante “ausência” ou “vazio” de algo almejado e nem sempre realizável. Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação. Por conseqüência, a situação de necessidades e carências constitui a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de “novos” direitos⁶⁰.

Enfim, o processo histórico de criação ininterrupta dos novos direitos funda-se na afirmação permanente das necessidades humanas e na legitimidade de ação dos novos sujeitos sociais.

O modelo clássico jurídico-liberal individualista tem sido pouco eficaz para recepcionar e instrumentalizar as novas demandas sociais, portadoras de novos direitos referentes a dimensões individuais, coletivas, metaindividuais, bioéticas e virtuais. Tal situação estimula e determina o esforço de propor novos instrumentos mais flexíveis e mais abrangentes, capazes de regular situações complexas e fenômenos novos.

É necessário, portanto, transpor o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de contemplar, garantir e materializar os novos direitos.

⁶⁰ WOLKMER, 2003, p. 26.

Com efeito, o aparecimento de novos direitos e de novos atores sociais está intrinsecamente ligado ao fenômeno da globalização que para Santos⁶¹, não deve ser encarado como globalização, mas sim como globalizações, eis que não se trata de processo linear, nem de mesma intensidade em todos os locais do planeta, pois se pode encontrar globalização de alta intensidade e de baixa intensidade. A primeira está ligada a processos rápidos, intensos enquanto que a segunda está ligada a processos mais lentos e graduais.

A globalização de baixa intensidade tende a dominar em situações em que as trocas são menos desiguais, ou seja, em que as diferenças de poder (entre países, interesses, actores ou práticas por detrás de concepções alternativas de globalização) são pequenas. Pelo contrário, a globalização de alta intensidade tende a dominar em situações em que as trocas são muito desiguais e as diferenças de poder são grandes⁶².

Para Boaventura de Souza Santos⁶³, não se pode falar em uma única globalização, eis que, na verdade, o modo de produção geral de globalização desdobra-se em quatro modos de produção que dão origem a quatro formas de globalização, são elas, localismo globalizado, globalismo localizado, cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade.

Por localismo globalizado deve-se entender o processo por meio do qual certos fenômenos localizados são globalizados com sucesso, por exemplo, a atividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em língua franca, a globalização do *fast food* americano. "(...) o que se globaliza é o vencedor de uma luta pela apropriação ou valorização de recursos ou pelo reconhecimento da diferença. A vitória traduz-se na faculdade de ditar os termos da integração, da competição e da inclusão"⁶⁴.

A segunda forma de globalização teorizada pelo referido autor é definida como globalismo localizado e pode ser entendida como o impacto verificado nas condições locais em função das práticas e imperativos transnacionais advindos dos localismos

⁶¹ SANTOS (C), 2002, p. 86.

⁶² SANTOS (C), 2002, p. 88-89.

⁶³ SANTOS (C), 2002, p. 65.

⁶⁴ SANTOS (C), 2002, p. 65.

globalizados. As condições locais sofrem alterações essenciais para responderem aos imperativos transnacionais, elas são desintegradas, desestruturadas e recriadas.

Tais globalismos localizados incluem: a eliminação do comércio de proximidade; criação de enclaves de comércio livre ou zonas francas; desflorestação e destruição maciça dos recursos naturais para pagamento da dívida externa; uso turístico de tesouros históricos, lugares ou cerimônias religiosas, artesanato e vida selvagem; *dumping ecológico* (“compra” pelos países do Terceiro Mundo de lixos tóxicos produzidos nos países capitalistas centrais para gerar divisas externas); conversão da agricultura de subsistência em agricultura para exportação como parte do “ajustamento estrutural”; etnicização do local de trabalho (desvalorização do salário pelo facto de os trabalhadores serem de um grupo étnico considerado “inferior” ou “menos exigente”).⁶⁵

Verifica-se que os países centrais praticam os localismos globalizados de forma que exportam seus produtos, sejam eles materiais ou culturais, e os impõem aos países periféricos que os adotam e praticam o globalismo localizado consubstanciando, portanto, em uma globalização passiva.

A terceira e quarta formas de globalização ocorrem no interior das práticas sociais e culturais transnacionais e dizem respeito à resistência aos localismos globalizados e aos globalismos localizados. A terceira forma é o cosmopolitismo, no qual atores sociais se aproveitam do espaço global para se manifestar contra os localismos globalizados e globalismos localizados e tentar resistir a eles, fazendo uso das tecnologias de informação e de comunicação.

A resistência consiste em transformar trocas desiguais em trocas de autoridade partilhada, e traduz-se em lutas contra a exclusão, a inclusão subalterna, a dependência, a desintegração, a despromoção. As actividades cosmopolitas incluem, entre muitas outras: movimentos e organizações no interior das periferias do sistema mundial; redes de solidariedade transnacional não desigual integrados nos diferentes blocos regionais ou entre trabalhadores da mesma empresa multinacional operando em diferentes países (o novo internacionalismo operário); redes internacionais de assistência jurídica alternativa; organizações transnacionais de direitos humanos; redes mundiais de movimentos feministas; organizações não governamentais (ONG's) transnacionais de militância anticapitalista; redes de movimentos e associações indígenas, ecológicas ou de desenvolvimento alternativo; movimentos literários, artísticos e científicos na periferia do sistema mundial em busca de valores culturais alternativos, não imperialistas, contra-hegemonicos, empenhados em estudos sob perspectivas pós-coloniais ou subalternas⁶⁶.

⁶⁵ SANTOS (C), 2002,p. 66.

⁶⁶ SANTOS (C), 2002, p. 67.

A quarta forma de globalização, segunda em que se organiza a resistência, é chamada de patrimônio comum da humanidade e pode ser entendida como lutas transnacionais pela proteção ao meio ambiente em sentido amplo.

Trata-se de lutas transnacionais pela proteção e desmercadorização de recursos, entidades, artefactos, ambientes considerados essenciais para a sobrevivência digna da humanidade e cuja sustentabilidade só pode ser garantida à escala planetária. Pertencem ao patrimônio comum da humanidade, em geral, as lutas ambientais, as lutas pela preservação da Amazônia, da Antártida, da biodiversidade ou dos fundos marinhos e ainda as lutas pela preservação do espaço exterior, da lua e de outros planetas concebidos também como patrimônio comum da humanidade. Todas estas lutas se referem a recursos que, pela sua natureza, têm de ser geridos por outra lógica que não a das trocas desiguais, por fideicomissos da comunidade internacional em nome das gerações presentes e futuras.⁶⁷

Tanto o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade aumentaram nas últimas décadas demonstrando que também a sociedade civil quer participar dos novos problemas surgidos em escala mundial, de forma que se hoje se cogita a hipótese de Estados supranacionais e também se cogita a emergência de uma sociedade civil global que se preocupe com questões mundiais e busque soluções fazendo movimentos globalizados.

O advento da globalização e o enfraquecimento dos Estados nacionais colocam a questão ambiental como foco principal de preocupações: ora se o modelo capitalista impera com seu valor de realidade do dinheiro, como se fazer para preservar a realidade da natureza que agora não será mais ligada a um determinado Estado? Como será possível proteger o meio ambiente diante dos novos atores sociais de potência transnacional que interferem na política interna dos Estados impondo condições de se firmarem perante o mercado global exigindo inclusive que os recursos naturais sejam entregues ao mercado de produção mundial?

O momento vivido atualmente é de transição, de dúvidas e de incertezas. Os valores predominantes na era moderna já não são mais suficientes perante as novas realidades existentes. Neste quadro surge a já mencionada problemática da transição paradigmática, da saída do que SANTOS⁶⁸ chama de sistema mundial

⁶⁷ SANTOS (C), 2002, p. 70.

⁶⁸ SANTOS (C), 2002, p.57.

moderno (SMM) para um sistema mundial em transição (SMET), que combina características daquele e acrescenta outras novas.

Diante de tal situação pode-se ter duas leituras, uma paradigmática e outra subparadigmática. A primeira sustenta que o interregno entre os anos 60 e 70 determinou o período de transição paradigmática do sistema mundial, a partir do qual emergirá um novo paradigma social. O que se percebe é que uma análise por meio dessa ótica indica que o capitalismo como o conhecemos não terá condições de prosperar no novo cenário mundial.

A leitura subparadigmática analisa o presente período como uma fase de ajustes estruturais, mas baseado sempre no capitalismo que, conforme tal ótica, não mostra falta de recursos. Os ajustes propostos almejam a *“transição de um regime de acumulação para outro, ou de um modo de regulação (..) para outro (...), como vem sendo sustentado pelas teorias da regulação*⁶⁹. A regulação nacional da economia está em ruínas, eis que não mais se sustenta perante as novas relações globalizadas, daí estaria a emergir, então, uma nova forma de regulação que necessitaria de profunda reorganização do Estado, qual seja, uma nova forma política: o Estado transnacional.

A leitura paradigmática é muito mais ampla do que a leitura subparadigmática, tanto nas suas afirmações substantivas como na amplitude do seu tempo-espço. Segundo ela, a crise do regime de acumulação e do modo de regulação são meros sintomas de uma crise muito mais profunda: uma crise civilizatória ou epocal. As “soluções” das crises subparadigmáticas são produto dos mecanismos de ajustamento estrutural do sistema; dado que estes estão a ser irreversivelmente corroídos, tais “soluções” serão cada vez mais provisórias e insatisfatórias. Por seu lado, a leitura subparadigmática é, no máximo, agnóstica relativamente às previsões paradigmáticas e considera que, por serem de longo prazo, não são mais que conjecturas. Sustenta ainda que, se o passado tem alguma lição a dar-nos, é a de que até agora o capitalismo resolveu com sucesso as suas crises e sempre num horizonte temporal curto.⁷⁰

A leitura paradigmática possui um escopo transformador, de romper com o sistema posto a partir de seus pilares e reconstruir uma nova forma de orientação, enquanto que a leitura subparadigmática está mais ligada a uma tendência conciliadora,

⁶⁹ SANTOS (C), 2002, p. 91.

⁷⁰ SANTOS (C), 2002, p. 92-93.

adaptativa que parece não resolver os problemas existentes. O fato é que qualquer uma das duas vertentes dará importância ao fator meio ambiente e a uma releitura do direito de propriedade de acordo com os novos paradigmas emergentes.

2. DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL: PROPRIEDADE PRIVADA

A pretensão do presente capítulo é apresentar um dos direitos em discussão na pesquisa e que advém de um processo histórico que culminou com a evolução de uma formatação eminentemente individualista para uma social-coletivista. Para tanto, abordaremos as características principais de tal direito, sua evolução histórica e a discussão sobre sua atual função.

a. DIREITO DE PROPRIEDADE

i. Conceito e características

Para se tentar definir qual o conteúdo do direito de propriedade e qual a natureza de tal direito, necessário se faz, primeiramente, entender o que etimologicamente significa.

No caso da Propriedade, o confronto etimológico não evidencia mudanças fundamentais com o correr do tempo. O substantivo Propriedade deriva do latino *proprius* e significa: “que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (nesse caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu”. A etimologia oferece os traços de uma oposição entre um indivíduo ou um objeto específico e o resto de um universo de indivíduos e de objetos, como categorias que se excluem reciprocamente.

O conceito que daí emerge é o de “objeto que pertence a alguém de modo exclusivo”, logo seguido da implicação jurídica: “direito de possuir alguma coisa”, ou seja, “de dispor de alguma coisa de modo pleno, sem limites”. A implicação jurídica (de enorme importância sociológica) surge logo: ela é, com efeito, um elemento essencial do conceito de Propriedade, dado que todas as línguas distinguem, como já fazia o direito romano, entre “posse” (manter “de fato” alguma coisa em seu poder, independentemente da

legitimidade de o fazer) e Propriedade (ter o direito de possuir alguma coisa, mesmo independentemente da posse de fato).(grifos no original)⁷¹

Propriedade, então, pode ser entendida como alguma coisa que pertence a alguém e que, em função disso, pode ser oposta a uma universalidade de pessoas. Sempre foi tratada como um direito privado por excelência, uma vez que é a base de sustentação do regime liberal-burguês-capitalista. É uma noção inerente ao ser humano que se tem mesmo sem maiores explicações. De acordo com Pereira,

Direito real por excelência, direito subjetivo padrão, ou “direito fundamental” (PUGLIATTI, NATOLI, PLANIOL, RIPERT et BOULANGER), a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã. A idéia de “meu e teu”, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de conhecimento ou do desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou o *business-man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças têm dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos “sentem” o fenômeno propriedade. (grifos no original)⁷²

Propriedade deve ser entendida como *“a relação fundamental do direito das coisas, abrangendo todas as categorias dos direitos reais, girando em seu torno todos os direitos reais sobre coisas alheias, sejam direitos reais limitados de gozo ou fruição, sejam os de garantia ou de aquisição”*.⁷³ É a plenitude do direito sobre determinada coisa.

O domínio é o mais completo dos direitos subjetivos e constitui (...) o próprio cerne do Direito das Coisas. Aliás, poder-se-ia mesmo dizer que, dentro do sistema de apropriação de riqueza que vivemos, a propriedade representa a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre os homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar, se manifesta, na quase generalidade dos casos, na disputa de bens⁷⁴.

⁷¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução Carmem C. Varriale ... [et al]; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. Volume 2.

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. 403 p. P. 87-88.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 1999. 513 p., p. 103.

⁷⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Volume 05. São Paulo: Saraiva, 1997. 410 p, p. 74.

Para Arnaldo Wald, a propriedade “*é o mais amplo dos direitos reais, abrangendo a coisa em todos os seus aspectos. É o direito perpétuo de usar, gozar e dispor de determinado bem, excluindo todos os terceiros de qualquer ingerência no mesmo*”⁷⁵.

Carmem Lúcia Antunes Rocha⁷⁶ observa que “*propriedade não se confunde com direito de propriedade*”. Uma coisa é o bem titularizado pelo sujeito e outra coisa é o regime jurídico a regular o uso, gozo e fruição de tal bem num determinado sistema jurídico.

Nascida a propriedade, cumpria impor-lhe normas jurídicas segundo as quais o seu exercício se tornasse fonte de direitos, não de conflitos. Havida a propriedade, sobreveio o direito de propriedade, assim entendido como a concepção e a definição daquela função e do domínio que se possa exercer sobre o seu objeto em determinado Estado por força do quanto posto e disposto no ordenamento jurídico(...)

Direito de propriedade é o regime jurídico que incide sobre a propriedade, quer dizer, sobre a ligação havida entre o proprietário e o bem objeto submetido à sua vontade e disposição, nos termos juridicamente havidos como válidos. O que se denomina direito de propriedade é, pois, um regime de direito, conjunto de deveres, direitos e responsabilidades decorrentes do uso (ou do não uso), do dispor ou do fruir de algo que se sujeita a uma destinação e que, afetando determinada finalidade havida como própria no sistema jurídico, há que se cumprir segundo os desígnios do proprietário e os ditames da norma jurídica⁷⁷.

Carmem Lúcia Antunes Rocha⁷⁸ observa que no estudo do direito de propriedade dois fatores devem ser levados em consideração: o fator político e o econômico. Desse modo, analisar o direito de propriedade nos diversos ordenamentos jurídicos é tarefa que deve ser feita partindo destes fatores para entender melhor a opção jurídica adotada para a regulação de tal direito.

Não se poderia pensar e estudar o direito de propriedade senão engajadamente, a dizer, considerando-se o que cada sociedade, em dado período de sua história, estabelece como legítimo, justo, adequado e juridicamente obrigado em suas normas.⁷⁹

⁷⁵ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume III - Direito das coisas. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 423p, p. 98.

⁷⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, in “O princípio constitucional da função social da propriedade”. **REVISTA LATINO-AMERICANA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS**. Número 02 – julho/dezembro de 2003. Diretor: PAULO BONAVIDES. ISSN 1678-6742. Editora Del Rey. 678 p. p. 563. ,p. 548.

⁷⁷ ROCHA, 2003, p. 548-549.

⁷⁸ ROCHA, 2003, p. 550.

⁷⁹ ROCHA, 2003, p. 549.

Importante ressaltar que o modelo adotado pelo sistema representa uma opção política adotada e que repercutirá em diversos outros setores e, por isso, é feita de forma clara na Carta Constitucional, podendo, no entanto, ser detalhada na legislação infra constitucional. *“A escolha do modelo de propriedade é uma definição política tida como fundamental para a convivência de um povo e para organização de um Estado, pelo que se trata de matéria constitucionalmente curada⁸⁰”*.

Nesse sentido, falar em direito de propriedade não significa necessariamente falar em direito de propriedade privada, uma vez que esse é decorrente de uma opção política adotada pelo Estados (a maioria deles) que optam pelo sistema capitalista.

Direito de propriedade não significa direito de propriedade privada (ou direito à propriedade privada). O regime jurídico que incide sobre a propriedade pode partir de uma definição política fundamental, constitucionalmente plasmada, referente à propriedade pública ou à propriedade privada. A escolha feita define um dos princípios básicos da ordem econômica e revela a opção pelo modelo econômico posto como estrutura do Estado constitucionalizado. A propriedade marca e demarca, pois, não apenas a ordem econômica de um Estado, mas é esse elemento que define linhas mestras da organização socio-política, sendo também, e em caminho inverso e paralelo, impactada, constitucionalmente, pelo regime político adotado.⁸¹

Além de se falar em propriedade e direito de propriedade como conceitos diferenciados, há também que se esclarecer o que pode ser entendido como direito à propriedade, uma vez que *“na técnica jurídica mais apurada, o direito de propriedade não se confunde com o direito à propriedade”*.⁸²

Direito à propriedade seria o *“direito que determinado sistema assegura a todos os que cumpram os requisitos e as condições previstos no ordenamento de virem a se tornar proprietários de bem, ou seja, de vir a titularizar o direito de propriedade”*.⁸³

⁸⁰ ROCHA, 2003, p. 552. A autora faz uma crítica interessante ao afirmar que “curiosamente, a matéria relativa ao direito de propriedade não é tão relevada pelos estudiosos do direito constitucional como é pelos civilistas. Aqueles, não poucas vezes, no Brasil, desprezam – mais que desconhecem – os princípios e regras constitucionais relativos à matéria, cuidando do tema como se fosse uma questão prioritária, quando não exclusiva, de direito privado, o que, à evidência, não é. O pouco cuidado do tema pelos constitucionalistas e o não aproveitamento do tema nos programas de direito constitucional nas Faculdades de Direito são, em boa parte, explicação (mas não justificativa) para o estudo centradamente civilista do tema, o que conduz, em geral, a deturpações de definições jurídicas e a referências doutrinárias equivocadas”.

⁸¹ ROCHA, 2003, p. 552-553.

⁸² ROCHA, 2003, p. 551.

⁸³ ROCHA, 2003, p. 551.

Propriedade, então, é o próprio bem em si considerado, direito de propriedade é o regime jurídico que regula o uso do referido bem e direito à propriedade é o direito assegurado pelo sistema a aquisição de um determinado bem.

Fernandez⁸⁴ entende que Lei Fundamental portuguesa consagra um direito à propriedade e um direito de propriedade privada, esclarecendo se tratar de um direito constitucional análogo aos direitos, liberdade e garantias e que, como tal, possui um conteúdo mínimo garantido constitucionalmente, de forma que, ao legislador ordinário não compete legislar de forma livre sobre a matéria.

Quem, como nós, entende que o direito de propriedade privada é um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de pugnar pela estabilização de um conteúdo constitucional para este direito. Com efeito, a propriedade privada afigura-se uma propriedade positiva porque o seu regime se encontra pré-figurado na Constituição e configurado pela lei, o que não quer dizer que o legislador ordinário se encontre totalmente livre na tarefa de conformar o direito em apreço, ou seja, que a este caiba a determinação da totalidade do seu conteúdo. Na verdade, o legislador ordinário, conforme veremos, encontra-se, na tarefa de complementar o conteúdo deste direito fundamental, sujeito, por um lado, à garantia da propriedade, isto é, à utilidade privada ou exercibilidade prática que tal direito comporta e, por outro lado à função social que esta desempenha no actual quadro de Estado Social de Direito, cabendo-lhe *ponderar de modo justo ou proporcional* os interesses dos particulares e as exigências da comunidade. (...)

O facto de se tratar de um direito cujo regime a *lei* complementa não faz com que deixe de ser também um direito fundamental que, porque de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, goza de um *conteúdo pré-configurado* no preceito correspondente da Lei Fundamental.(grifos no original)⁸⁵

De uma forma geral, no entanto, a doutrina acaba misturando os três conceitos. O fato é que trata-se de um direito real que, como tal, “*recai diretamente sobre a coisa e que independe, para o seu exercício, de prestação de quem quer que seja*”.⁸⁶ Ao proprietário são asseguradas as faculdades de usar, gozar, dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, conforme estabelece o art. 1228 do Código Civil de 2002. O parágrafo único acrescenta que “*O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de*

⁸⁴ FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. **Direito ao ambiente e propriedade privada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 324p,p. 174.

⁸⁵ FERNANDEZ, 2001, p. 174-175.

⁸⁶ RODRIGUES, 1997, p. 74.

conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

O *jus utendi*, direito de usar, significa que ao proprietário é facultado utilizar a coisa conforme sua vontade, bem como de excluir estranhos de igual uso, *“direito de usar da coisa é o de tirar dela todos os serviços que ela pode prestar, sem que haja modificação em sua substância”*⁸⁷. *Jus fruendi* é o direito de gozar de sua propriedade colhendo os frutos dela advindos, bem como explorá-la economicamente, de forma a aproveitar seus produtos, com base na regra de que o acessório segue o principal. O *jus abutendi* ou *disponendi*, direito de dispor da coisa, representa a possibilidade que o proprietário possui de se desfazer da coisa. *“Equivale ao direito de dispor da coisa ou poder de aliená-la a título oneroso (venda) ou gratuito (doação), abrangendo o poder de consumi-la e o poder de gravá-la de ônus (penhor, hipoteca, servidão etc) ou de submetê-la a outrem”*.⁸⁸ Todavia, tal direito *“não significa a prerrogativa de abusar da coisa, destruindo-a gratuitamente.”*⁸⁹ O direito de dispor da coisa não garante ao proprietário o direito de dela se desfazer de forma a prejudicar outras pessoas ou de forma abstrata, a própria sociedade.

Silvio Rodrigues observa que

(..) se nem no Direito Romano se admitia a idéia de um uso anti-social do domínio, hoje tal noção é inconcebível, principalmente em um país como o nosso, cujas várias Constituições de há muito proclamam que o uso da propriedade será condicionado ao bem estar-social⁹⁰.

Por fim, ao proprietário também é garantida a prerrogativa de reivindicar o seu bem das mãos de quem injustamente o detenha. Tal prerrogativa existe até mesmo para garantir o exercício das faculdades anteriores.

a propriedade não é a soma desses atributos, ela é direito que compreende o poder de agir diversamente em relação ao bem, usando, gozando ou dispondo dele. Esses elementos podem concentrar-se num só indivíduo,

⁸⁷ DINIZ, 1999, p.106.

⁸⁸ DINIZ, 1999, p. 106.

⁸⁹ RODRIGUES, 1997, p. 74.

⁹⁰ RODRIGUES, 1997, p. 74-75.

caso em que a propriedade é plena, ou desmembrar-se, quando se transfere a outrem um de seus atributos, como na constituição do direito real de usufruto, em que o proprietário tem o domínio eminente, embora o uso da coisa passa ao conteúdo patrimonial de outra pessoa, que terá o domínio útil. O proprietário poderá até perder a disposição do bem, por força de inalienabilidade oriunda da lei ou de sua própria vontade⁹¹.

Grande parte da doutrina⁹² aponta que o direito de propriedade é um direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Tais caracteres devem ser vistos com parcimônia, uma vez que sua feição original, baseada no direito romano não mais se sustenta perante o atual Estado de Direito.

O caráter absoluto se deve a oponibilidade *erga omnes* que possui o direito de propriedade e ao fato de ser o mais completo de todos os direitos reais que dele decorrem e, além disso, *“pelo fato de que o seu titular pode desfrutar e dispor do bem como quiser, sujeitando-se apenas às limitações impostas em razão do interesse público ou da coexistência do direito de propriedade de outros titulares”*⁹³.

Conforme observa Silvio Rodrigues,

Talvez se possa dizer que a evolução histórica do direito de propriedade se manifesta, em linhas gerais, no sentido de uma incessante redução dos direitos do proprietário. Realmente, a despeito de se haver, acima, afirmado seu caráter absoluto, o domínio sempre sofreu restrições e a evolução profunda que experimenta em nossos dias se marca por um considerável aumento de tais restrições⁹⁴.

O direito de propriedade já foi em outros momentos históricos considerado como o direito mais importante do ordenamento jurídico. E não se fala de distâncias de eras geológicas, mas de séculos que culminaram com uma profunda alteração na estrutura do pensamento ocidental e na mudança de paradigma do individualismo pleno para uma visão com cunho mais social. Desta forma, dizer que a propriedade é considerada absoluta, não quer, de forma alguma, significar que ela está imune às restrições legais, muito pelo contrário, tal entendimento não mais se sustenta perante o sistema jurídico atual. Dizer que o direito de propriedade é absoluto

⁹¹ DINIZ, p. 105-106.

⁹² RODRIGUES, 1997, P. 75; DINIZ, 1999, p. 107-108; WALD, 1995, p. 99-100.

⁹³ DINIZ, 1999, p. 107.

⁹⁴ RODRIGUES, 1997, p. 81.

apenas significa que pode ser oposto a todas as pessoas e que se trata do mais completo dos direitos reais.

A propriedade é um direito real absoluto, no sentido de haver plenitude nas faculdades de usar, gozar e dispor que o proprietário tem sobre o objeto de sua propriedade, enquanto, no caso dos direitos reais limitados, tais faculdades só podem ser exercidas respeitando-se os direitos de outro titular de direito real.⁹⁵

A exclusividade decorre do fato de “*não se admitir que mais de uma pessoa possa exercer o mesmo direito sobre determinado objeto.*”⁹⁶ Exclusiva é então a propriedade porque somente um único sujeito pode exercer o mesmo poder jurídico sobre ela. Não há que se confundir tal situação com a do condomínio, uma vez que “*No caso do condomínio, o que ocorre não é a propriedade de diversas pessoas sobre o mesmo objeto, mas a de cada condômino sobre uma fração ideal do objeto com condomínio*”⁹⁷. Diniz esclarece que “*a mesma coisa não pode pertencer com exclusividade e simultaneamente a duas ou mais pessoas. O direito de um sobre determinado bem exclui o direito de outro sobre o mesmo bem.*”⁹⁸

A exclusivização da propriedade por um sujeito e a sua retirada do espaço de incidência da vontade de outrem faz com que este não possa ser titular do direito a esta mesma propriedade, pelo que se restringe, assim, o direito de todos os outros, que não o titular, pelo reconhecimento e garantia do direito de propriedade.

Se tanto poderia parecer uma restrição, num primeiro olhar voltado ao tema, por outro se tem que a propriedade privada e o direito que a submete são demonstrações da igual liberdade, assegurada a todos, de munirem-se de condições materiais e fazerem produzir o necessário para proverem as suas necessidades por meio de bens, cujo uso se condiciona segundo o querer e o agir de cada um.

Por isso é que se têm vinculadas as idéias e normas sobre o direito de liberdade ao direito de propriedade. Não porque sejam de igual natureza ou disponham de idêntica essência no direito, mas porque o direito de propriedade condicionaria ou possibilitaria o exercício do direito de liberdade segundo um sistema de normas juridicamente positivadas.⁹⁹

A terceira característica apontada para o direito de propriedade é a perpetuidade e se deve ao fato de que “*subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa extintiva legal ou oriunda da própria vontade do titular, não se*

⁹⁵ WALD, 1995, p. 100.

⁹⁶ WALD, 1995, p. 99.

⁹⁷ WALD, 1995, p. 99.

⁹⁸ DINIZ, 1999, p. 107-108.

⁹⁹ ROCHA, 2003, p. 554.

*extinguindo, portanto, pelo não-uso*¹⁰⁰. A propriedade é tida como perpétua porque a tendência normal é que continue existindo, só tendo fim “*pela vontade do dono, ou por disposição da lei*”¹⁰¹.

Por fim, a propriedade também é apontada como elástica, uma vez que “*o domínio pode ser distendido ou contraído, no seu exercício, conforme lhe adicionem ou subtraíam poderes destacáveis*”¹⁰².

A propriedade, enfim, é elástica, significando tal qualidade que, quando perde a sua plenitude, tende a recuperá-la com a extinção do direitos reais limitados existentes sobre o objeto. Assim, desaparecendo, por qualquer motivo, o direito limitado, a propriedade que era limitada ou onerada torna-se plena ou ilimitada. Assim a renúncia à servidão ou a morte do titular do direito vitalício de usufruto importa o restabelecimento da plenitude da propriedade em favor do nu-proprietário ou do titular da propriedade gravada, em virtude de sua elasticidade¹⁰³.

3.1.2 Natureza do direito de propriedade

A propriedade nas constituições liberais era tratada como direito de natureza individual, absoluto e sagrado pelo ordenamento jurídico, influenciado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O Código de Napoleão foi o maior responsável por tal visão da propriedade, uma vez que era considerado o código da propriedade “*fazendo ressaltar acima de tudo o prestígio do imóvel, fonte de riqueza e símbolo da estabilidade*”.¹⁰⁴

De acordo com Roxana Cardoso Brasileiro Borges,

O direito subjetivo na concepção clássica é o poder jurídico conferido como faculdade, entregue ao titular, para que, com o seu exercício, atenda aos interesses individuais desse titular.

O direito de propriedade, ainda hoje, é tido como direito subjetivo por excelência, o mais amplo dos direitos reais, que subordina a coisa à vontade do proprietário. O proprietário recebe a faculdade de exercer poderes jurídicos sobre a coisa. Entre esses poderes, estão os de excluir a intervenção indesejada de terceiros, usar o bem, fruir, dispor materialmente, dispor juridicamente, alterar a destinação econômica, destruir-lhe a substância e reivindicá-la de quem injustamente a possui.

¹⁰⁰ DINIZ, 1999, p. 108.

¹⁰¹ RODRIGUES, 1997, p. 77.

¹⁰² DINIZ, 1999, p. 108.

¹⁰³ WALD, 1995, p. 101.

¹⁰⁴ CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.208 p. p.62 p. 70.

Tudo isso é entregue ao proprietário para que ele exerça o direito visando a seu interesse individual.¹⁰⁵

A descrença no liberalismo clássico fez com que a premissa adotada para o direito de propriedade passasse a ser discutida e a própria natureza do direito até então considerada como individual, passou a ser criticada em prol do exercício de uma função, de acordo com a teoria de Duguit (a temática da função social será tratada no próximo tópico).

O fato é que a natureza do direito em questão passou a ser questionada, eis que havia de forma clara dois entendimentos sobre o assunto: um que afirma a natureza de direito subjetivo da propriedade, para o qual o proprietário pode então usar, gozar e fruir da forma como melhor lhe aprouver sem maiores problemas; outra que afirma que o direito de propriedade existe em prol de um benefício maior e para proporcionar um benefício maior, de maneira que deixa de ser visto como poder jurídico em prol de benefícios individuais para ser encarado como poder jurídico a ser empenhado em prol dos interesses da sociedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aborda o direito de propriedade de duas formas diferentes: como direito fundamental, de acordo com a ótica clássica do direito, e como elemento da ordem econômica, de forma a enfatizar a função social. O art. 5º da Constituição de 1988 que trata dos direitos e garantias dispõe que: *“XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”*.

Além da previsão do art. 5º, a Constituição trata da propriedade no Capítulo destinado aos princípios gerais da atividade econômica, em seu artigo 170, no qual dispõe:

“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;
III- função social da propriedade;
VI- defesa do meio ambiente.

¹⁰⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999. 229p. p. 72- 73.

A respeito da discussão sobre a natureza do direito de propriedade Rocha esclarece que o entendimento adotado desde a Antiguidade é o de que a propriedade seria sim um direito subjetivo.

O direito à propriedade privada vem sendo considerado, desde a Antiguidade e, inclusive, no Estado Moderno, mais em razão do sujeito que o titulariza do que da função que o legitima. Daí ser ele estudado, enfaticamente, e anunciado, juridicamente, como direito subjetivo.¹⁰⁶

João Lopes Guimarães Júnior faz observação semelhante ao afirmar que,

Com o passar do tempo o *status* da propriedade na ordem jurídica passou por uma verdadeira revolução copernicana. Sua tradicional concepção “egoísta” transformou-se em concepção “altruísta”. Em outras palavras, verificou-se uma mudança de referencial: o direito de propriedade deixou de ser medido exclusivamente a partir do ponto de vista do *proprietário*, para ser delineado conforme interesses da *coletividade*. Diversos juristas apontam nessa evolução uma quebra da dicotomia ortodoxa que separava o direito público do direito privado.¹⁰⁷

Não obstante a afirmação de que o direito de propriedade foi considerado por muito tempo um direito subjetivo, o que excluiria uma função social, Rocha observa que essa visão é ultrapassada e que o fato de ser direito subjetivo não exclui a necessidade de desempenhar uma função social.

A natureza de direito subjetivo, predominantemente aceita para o direito de propriedade, não o torna incompatível com o desempenho de função social, inclusive, nos ordenamentos jurídicos que permitam a qualificação jurídica privada para a apropriação e a disposição do bem.¹⁰⁸

Há doutrinadores, portanto, que conseguem analisar o direito de propriedade de uma forma mais ampla e profunda sem desnaturar a questão do direito subjetivo, mas, também, sem deixar de lado a função social que guia sua utilização. Para essa corrente o conteúdo do direito de propriedade deve ser visto de forma aberta, dilatada, abrangendo tanto os interesses individuais quanto a função. É o que faz, também, Maria Elizabeth Moreira Fernandez ao considerar que o conteúdo do direito

¹⁰⁶ ROCHA, 2003, p. 555.

¹⁰⁷ GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. V. 8. n. 29. p. 115-26. jan/mar. 2003. p. 115.

¹⁰⁸ ROCHA, 2003, p. 557.

de propriedade “assume natureza complexa, sendo qualificado, por via disso, como um direito fundamental de dupla face ou de duplo carácter”¹⁰⁹

Com efeito, o direito de propriedade assume no seu conteúdo constitucional uma vertente ou **dimensão objetivo-institucional** (derivada da função social que cada categoria de bens se encontra obrigada a cumprir) e, simultaneamente, uma **vertente subjectiva-individual** que integra o conteúdo essencial deste direito. Estas duas vertentes do direito de propriedade privada não se opõem uma à outra, antes pelo contrário, a determinação do aspecto objectivo não visa senão reforçar o aspecto subjectivo do mesmo. Existe uma *igualdade de rango* entre as duas vertentes, que se completam, que se manifestam de modo simultâneo e que se correlacionam entre si constituindo uma garantia mútua. (grifos no original)¹¹⁰

O conteúdo do direito de propriedade teria duas dimensões ou vertentes: uma associada diretamente a função social e, por isso, chamada de objetivo-institucional e outra ligada ao exercício de um direito subjectivo individual e, por isso, denominada de subjectivo-individual. Estas duas vertentes nada mais são do que as duas faces de uma mesma moeda, no caso o conteúdo de um direito que não pode ser analisado sob a ótica exclusivamente individualista, mas que também não pode ser focado apenas pelo interesse social sob pena de, seguindo unicamente quaisquer uma das duas orientações, cometer graves injustiças. “A norma do artigo 62º da CRP não contém duas espécies diferentes de propriedades, mas contempla um único direito de propriedade privada com duas faces ou dimensões diferentes que funcionam como um todo”¹¹¹.

Ao dizer que as duas dimensões se encontram em regime de igualdade, que elas se completam, nada mais se quer do que enfatizar que uma não é mais importante do que a outra e não pode se sobrepor sem razões efetivas. Há que se evitar uma “interpretação fraccionada (...) segundo a qual a propriedade entendida como direito subjectivo estaria muito limitada, enquanto que como instituição jurídica se encontraria no centro do sistema social, económico e político”¹¹².

A vertente objetivo-institucional está diretamente ligada aos objetivos que o sistema jurídico estabelece para o exercício de determinado direito e que, como tal, podem

¹⁰⁹ FERNANDEZ, 2001, p. 177.

¹¹⁰ FERNANDEZ, 2001, p. 177-178.

¹¹¹ FERNANDEZ, 2001, p. 178.

¹¹² FERNANDEZ, 2001, p.178.

variar de tempos em tempos com a própria evolução do conceito de Estado. Sendo assim, esta dimensão é *“integrada por princípios, ou seja, imperativos de otimização que devem ser realizados tendo em conta as possibilidades fácticas e jurídicas e que, conseqüentemente podem ser realizados em grau diferenciado”*¹¹³. A orientação da vertente institucional se faz, então, com base em princípios que, como se sabe, não possuem uma aplicabilidade equivalente à das leis que trabalham com a subsunção do fato à norma estabelecida. No caso dos princípios há que se ponderar a situação concreta e analisar qual o objetivo que está a orientar todo o ordenamento jurídico para se chegar a uma decisão.¹¹⁴

Ademais, a vertente subjetivo-individual *“encontra-se composta por regras, normas caracterizadas pela lógica do tudo ou nada que alternam apenas entre a possibilidade do cumprimento ou do incumprimento”*¹¹⁵. A dimensão individual que aborda o direito subjetivo é realizada de maneira clara, com base em regras, ou seja, normas de conteúdo fechado que apontam claramente a decisão a ser tomada no caso da ocorrência da situação estabelecida. Isso ocorre para que o indivíduo tenha plena ciência dos poderes que lhe são atribuídos e também para que possa se proteger de quaisquer violações ao que a lei lhe garantiu. É esse o objetivo pelo qual o direito subjetivo é resguardado por regras, enquanto que o interesse do próprio sistema que pode ser alterado com a evolução dos temas se faz com base em princípios, de forma a se respeitar o direito individual, mas orientar a sua execução.

A vertente ou dimensão objectivo-institucional dirigindo-se exclusivamente ao legislador proíbe-o de afectar a propriedade privada enquanto instituto jurídico, ou seja, impede-o de eliminar ou de abolir o direito de propriedade

¹¹³ FERNANDEZ, 2001, p. 178.

¹¹⁴ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veicula regras e princípios que são espécies do gênero norma jurídica. Princípios são, conforme expressão de Robert Alexy, (**Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002. 607p, p. 86), mandados de otimização, eis que são normas que dispõem acerca de algo a ser implementado amplamente dentro das possibilidades dos direitos e dos fatos. São as diretrizes, os nortes do ordenamento jurídico; normas carregadas de abstração que dão a base de sustentação do ordenamento, de forma que qualquer ruptura pode fazer desmoronar todo o sistema sobre eles construído. De outro lado, regras podem ser entendidas como normas desprovidas de tão alto grau de abstração, possuem conteúdo objetivo e estipulações no mundo fático e juridicamente possível. Não são meros comandos orientadores, são prescritivas de condutas de acordo com os modais deonticos proibido, permitido e obrigatório. A principal diferença entre princípios e regras para Ronald Dworkin (**Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. 568 p., p. 40) diz respeito aos mecanismos de aplicação. Estas se aplicam sob a forma do “tudo ou nada”, ou seja, se os fatos se subsumirem a hipótese de incidência, a norma será aplicada integralmente, caso contrário, será totalmente desconsiderada. De outro lado, os princípios não possuem uma aplicação tão taxativa, eis que mesmo que as condições de fato sejam verificadas pode ser que outro motivo enseje a sua não aplicação.

¹¹⁵ FERNANDEZ, 2001, p. 178.

privada e impõe-lhe o dever de produzir normas que permitam caracterizar um direito individual como “propriedade privada”, possibilitando a sua acessibilidade para todos, bem como existência e capacidade funcional, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista processual.

Por sua vez, a dimensão subjectivo-individual procura assegurar primariamente para o titular dos bens um conjunto de faculdades ou de “competências” concretas de valor patrimonial (garantia de estabilidade ou de posição jurídica) e secundária ou, subsidiariamente, garante a justa indemnização para o caso da propriedade sofrer diminuição (garantia de valor). Por isso, entendemos que, assim sendo, o conteúdo mínimo o direito de propriedade privada há-de corresponder, não só à **faculdade de dispor** plenamente dos bens de que se é proprietário, mas também à **utilidade ou ao interesse privado** que esta representa patrimonialmente para o seu titular ou, então faltando estas, o conteúdo da propriedade privada transfigurar-se-á ou substituir-se-á por outra garantia de tipo secundário constituída pelas garantias processuais e patrimoniais (justa indemnização) que decorrem de uma expropriação ou requisição por utilidade pública.¹¹⁶ (grifos no original)

De acordo com Carmem Lúcia Antunes Rocha,

A inclusão da propriedade privada vertida para o atendimento de função social configura um direito de propriedade de natureza diferenciada daquela antes considerada como direito individual subjetivo e intangível ao interesse de terceiro que não o proprietário. Não é mais o interesse deste que se faz proteger juridicamente, mas o da sociedade; é a função social que, cumprida, põe sob a tutela estatal o direito desempenhado pelo particular em benefício de todos, não do indivíduo. Não é a função individual que demarca o quanto estabelecido como direito do indivíduo, antes é a função social que assinala o conteúdo constitucionalmente provido no direito de propriedade, incluída aí a particular.¹¹⁷

Para os seguidores mais radicais da teoria da função social o direito de propriedade não poderia mais ser considerado um direito subjetivo, mas sim uma função social. Já os doutrinadores de outras correntes entendem que não há razão para se dizer que o direito de propriedade deixou de ser um direito subjetivo, mas sim que houve uma evolução em sua essência motivada pelos fenômenos históricos influenciadores da própria Carta Constitucional vigente que demonstram que a propriedade hoje deve ser entendida não mais apenas como um direito subjetivo, visto esta extremamente individualista e, portanto, retrógrada, ultrapassada e discordante dos princípios constitucionais vigentes. A diferença é que hoje o direito de propriedade deve ser encarado sim como um direito subjetivo, mas não simplesmente isso, ele agora agrega um valor que antes não possuía, qual seja, a função social. O que se

¹¹⁶ FERNANDEZ, 2001, p. 178-179.

¹¹⁷ ROCHA, 2003, p. 578.

quer dizer com isso é que a propriedade privada deve ser lida como “direito subjetivo mais atendimento a função social” para então ser considerada legítima.

O que fica claro, com essa discussão, é que não se quer defender um direito de propriedade totalmente liberto das influências de seu proprietário, de modo que a função social seria a orientadora integral. No entanto, também não se pode mais defender que o proprietário possui total poder sobre sua propriedade sem ter que se importar com as alterações promovidas no Estado de Direito. Sendo assim, há que se adotar uma posição conciliadora até mesmo para a natureza de tal direito, entendendo-se que possui sim uma dimensão individual, mas que há de ser guiada pela função social.

Alterou-se o entendimento constitucional, portanto, do sentido que inspira o direito de propriedade, cujo conteúdo é econômico e sociopolítico, sendo tratado, nos diplomas jurídicos fundamentais contemporâneos, nesta condição e não mais como direito absoluto do indivíduo, sujeito a seu exclusivo desejo de uso e fruição, como parte intangível do seu patrimônio, ainda que pudesse ser tocado pela necessidade mais humana do outro. O conteúdo político-econômico reconhecido à propriedade socializou a compreensão do tema, atingindo-o em sua essência e modificando-s para sempre. As práticas político-constitucionais podem seguir, ou não, este ideário, mas a luta social que conduz à vivência experimentada é que concretiza o conteúdo plasmado nos textos constitucionais.¹¹⁸

b. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE

No presente tópico pretende-se demonstrar, de uma maneira geral, como se deu a evolução do direito de propriedade. Tal demonstração não será aprofundada desde as raízes do direito, uma vez que não é este o objetivo da pesquisa. O enfoque evolutivo se baseará em três momentos apontados como os mais relevantes para o direito de propriedade¹¹⁹: sistema jurídico dos romanos, sistema feudal e o capitalista.

A propriedade é apontada como existente desde os tempos mais remotos da civilização humana, uma vez que por se tratar de um ser gregário com tendência a viver com outros da mesma espécie, o homem precisava de ocupar um determinado espaço e ter objetos que permitissem o desenvolvimento de suas atividades mais

¹¹⁸ ROCHA, 2003, p. 559-560.

¹¹⁹ GOMES, Orlando. **Direito reais**. 19 ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 115.

básicas como caçar para comer. Mesmo que esse homem vivesse em grupos nômades, ainda assim havia necessidade de preservar o que lhe era próprio, mesmo que fosse o resultado de sua caça ou os instrumentos utilizados em tal atividade. E tudo isso seria então sua propriedade. Com o evoluir dos tempos a noção de propriedade foi se ampliando e tomando novas proporções.¹²⁰

A propriedade romana era de índole individual e dotada de caráter místico mesclada com determinações políticas, sendo que somente os cidadãos romanos podiam adquirir a propriedade para preservar a nacionalidade romana das terras.¹²¹ Grandes extensões de terras foram conquistadas, ampliando cada vez mais o Império Romano. No entanto, a invasão dos bárbaros provocou profunda alteração nos valores romanos gerando uma instabilidade e insegurança que resultaram na *“transferência da terra aos poderosos, com juramento de submissão e vassalagem, em troca de proteção à sua fruição”*¹²², conseqüentemente, *“na medida em que a rede de devotamentos, assistência, auxílio e aliança se estendia, crescia o conceito de poder político ligado à propriedade imobiliária”*¹²³.

O conceito individualista da propriedade apresentado pelo direito romano foi alterado no período da Idade Média com a conseqüente *“quebra desse conceito unitário”*¹²⁴, uma vez que há a dissociação do binômio “domínio eminente + domínio útil” com a concessão do direito de utilização econômica do bem, pelo titular, em troca de serviços ou rendas. O detentor do domínio útil, mesmo suportando encargos, possuía uma propriedade paralela.¹²⁵

A Idade Média elaborou um conceito distinto de propriedade. Rejeitando o exclusivismo dos romanistas e introduzindo na técnica privatista uma hierarquia oriunda do direito público, admitiu o mundo feudal uma

¹²⁰ Doutrinadores discutem se o direito de propriedade teria surgido sob a índole individual ou coletiva. Tal discussão é interessante, mas não representa o objeto da pesquisa. Para maiores informações ver ARIMATEA, José Rodrigues. **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 17-35; COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 02-45; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, in REVISTA LATINO-AMERICANA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. Número 02 – julho/dezembro de 2003. Diretor: PAULO BONAVIDES. ISSN 1678-6742. Editora Del Rey. P. 543-594.

¹²¹ PEREIRA, 2004, p. 82.

¹²² PEREIRA, 2004, p. 82.

¹²³ PEREIRA, 2004, p. 82.

¹²⁴ GOMES, 2004, p. 115

¹²⁵ GOMES, 2004, p. 115.

superposição de domínios de densidades diferentes que se mantinham paralelos uns aos outros. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade das terras criaram uma identificação entre a soberania e a propriedade. Distinguiu-se, assim, entre o *dominium directum* ou eminente, que pertencia ao senhor, e o *dominium utile* pertinente ao vassalo. Havia uma delegação de poderes do suserano ao vassalo e a criação de certas obrigações de caráter financeiro e militar do vassalo em relação ao suserano. A hierarquia dos feudos corresponde à hierarquia das pessoas.¹²⁶ (grifos no original)

O advento da Revolução Francesa, assim como em vários outros setores do Direito, teve um impacto profundo no direito de propriedade. Ocorre que até então se vivia sob um regime feudal, no qual a sociedade era dividida em classes muito bem definidas, de um lado com senhores feudais, clero e, de outro, vassalos, servos e vilões. A vida social girava em torno desses grupos sociais e não havia mobilidade. A regulação social partia basicamente da Igreja e da nobreza que detinham grandes propriedades de terras e que legislavam em seu próprio benefício, uma vez que ainda não se falava na submissão do rei às leis, de forma que vigia o princípio segundo o qual “*the king can do no wrong*”, ou seja, o rei não erra nunca e como não erra nunca, não precisa indenizar ninguém por eventuais danos.

Mesmo com essa classificação social, foram surgindo novos agrupamentos que não se enquadravam nas classes já existentes, como os comerciantes, artesãos, profissionais liberais (médicos, advogados, dentistas), professores, lojistas, enfim, pessoas do povo que geravam riquezas com seu próprio trabalho. O clero formava o chamado primeiro estado, a nobreza o segundo estado enquanto que o terceiro era composto por todos aqueles que não se enquadravam nas categorias anteriores e que, de alguma forma, demonstravam uma evolução na composição social.

Entre as estagnadas classes sociais do feudalismo, surgiram pessoas dedicadas ao comércio, os mercadores, e aos ofícios manuais, os artesãos, que mais tarde constituiriam a burguesia, cujos interesses não eram contentados pelo sistema feudalista. Em razão desse descontentamento e para atender aos desejos por novos mercados e novas especiarias, surgiram os Estados nacionais unificados em torno dos reis.¹²⁷

Esses novos grupos sociais passaram a ter mais atenção do rei, uma vez que passaram a fornecer comodidades a toda classe nobre e demonstraram sua

¹²⁶ WALD, 1995, p. 104.

¹²⁷ ARIMATÉA, 2003, p. 23.

importância numa sociedade que até então era totalmente estratificada e que, portanto, não demonstrava a possibilidade de crescimento para aqueles que não pertencessem às classes já consagradas.

Nesse contexto revolucionário, fins do século XVIII, a França ainda um país agrário, desenvolvia novas técnicas de cultivo e novos produtos melhoraram a alimentação, conseqüentemente, a população aumentou. O início da era da industrialização permitia a redução de preços de alguns produtos, estimulando o consumo. A burguesia se fortaleceu passando a pretender o poder político e a discutir os privilégios da nobreza. Os camponeses possuidores de terras almejavam libertar-se das obrigações feudais devidas aos senhores. Dos vinte e cinco milhões de franceses, vinte milhões viviam no campo. A população formava uma sociedade de estamentos (formas de estar), resquício da Idade Média. A principal reivindicação do terceiro estado era a abolição dos privilégios e a instauração da igualdade civil. No plano político, a revolução resultou do absolutismo monárquico e suas injustiças¹²⁸.

A burguesia então surgida como classe social forte, com poder econômico para tentar influenciar as políticas adotadas, acabou sendo poderosa o suficiente para alterar toda a estrutura política vigente até então e até mesmo a essência do Estado. Os anseios de abertura de mercado e expansão dos negócios da burguesia fizeram com que tal classe se unisse para então implementar a Revolução Francesa. Interessante notar que, por mais importantes que tenham sido suas conseqüências, tal revolução foi motivada pelo surgimento de uma classe que lutava por maior liberdade para agir, sem ter que ceder aos mandos e desmandos de um soberano cujos poderes eram ilimitados. O que se pretendia, de fato, era enaltecer a figura do indivíduo para que ele tivesse seus direitos protegidos em face do poderoso Estado. Com tal garantia aos direitos individuais, a propriedade teve então sua proteção elevada a maior potência, uma vez que o Estado não mais poderia intervir nas atividades particulares, muito menos exigir dos particulares algo que não estava na lei, já que agora ela passaria a valer para todos.

Os reis, eles mesmos grandes proprietários de terras, aglutinavam em torno da corte outros proprietários de terra, formando a nobreza, mas todos dependiam do dinheiro dos comerciantes e banqueiros. Esta estrutura atendeu aos interesses da burguesia, na medida em que permitia a conquista de novos mercados e a obtenção de novos produtos e especiarias para o crescente mercado europeu, sem ter de pagar impostos e pedágios a inúmeros senhores feudais por onde transitavam suas mercadorias.

¹²⁸ COSTA, 2003, p. 29

Enriquecida a burguesia, a estrutura do Estado monárquico absolutista não mais atendia aos seus interesses políticos, econômicos e sociais. A burguesia queria liberdade econômica e igualdade política. Com estes ideais, promoveu a Revolução Francesa de 1789.¹²⁹

Diante de tais fatos, foi aprovada a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, em 26 de agosto de 1789 que defendia o direito à liberdade, à igualdade perante à lei, à inviolabilidade da propriedade e o direito de resistir à opressão. A essência da Revolução foi pregar o individualismo e isso foi enfatizado, mormente com relação à propriedade ao se afirmar que ela seria inviolável e sagrada, além de ser elevada à categoria de direito fundamental juntamente com a vida e a liberdade.

A propriedade era tão importante que estava no mesmo patamar constitucional que as garantias à vida e à liberdade humanas, demonstrando de forma clara que tais idéias orientavam o novo Estado que ora surgia.

Alguns anos mais tarde, sob a luz da Constituição Francesa de 1791, o direito à propriedade foi ratificado por Napoleão, seguindo-se a mesma ideologia proposta na “Declaração”, no Código Civil francês, decretado a 5 de março de 1803 e promulgado a 15 do mesmo mês e ano”.

(...) o Código Napoleônico, de 1804 diferencia o direito de propriedade dos direitos políticos, assegurando ao titular mais ilimitada liberdade dentro dos parâmetros legais vigentes à época. Norteado de caráter absolutista, individualista, influenciou a legislação civil.¹³⁰

A propriedade era então considerada absoluta, exclusiva e perpétua. O direito de propriedade privada sofreu então uma evolução em sua essência, sendo elevado a direito fundamental sob a ótica exclusivamente individualista. No entanto, em função da evolução social e das teorias do conhecimento tal premissa começou a ser analisada por várias fontes diferenciadas e o direito de propriedade passou a ser, novamente, alvo de questionamentos.

Uma das linhas questionadoras teve início com os estudos de Karl Marx, nos quais teorizou sobre a “mais valia”, *“alertando que o salário percebido pelo proletariado jamais correlaciona-se a uma retribuição justa à força dispensada no trabalho”*¹³¹. Costa, em sua obra, deduz que *“não há espaço a propriedade privada dos bens de produção na essência de sua teoria; admite apenas a propriedade pessoal, fruto do*

¹²⁹ ARIMATÉA, 2003, p. 23.

¹³⁰ COSTA, 2003, p. 31.

¹³¹ COSTA, 2003, p. 32.

*trabalho e de mérito*¹³². Tal conclusão se deve ao fato de que para Marx “o capital é um produto coletivo por ser gerado pelo trabalho assalariado e, desta forma, por ser uma “força social”, deve pertencer a toda a sociedade como “propriedade comum”.¹³³

Importante salientar, apesar de não ser este o objetivo do trabalho, que as teorias de Marx foram encaradas como “*pensamentos para a transformação*”¹³⁴. Suas análises filosóficas partiam de um ponto diferente das análises dos pensadores do tempo moderno, uma vez que o subjetivismo foi totalmente sepultado por Marx.¹³⁵ Para a análise marxista o mundo não deve ser conhecido “*com base no homem em si, ou em sua essência, ou em sua natureza, ou em seus atributos fundamentais*”¹³⁶. Para ele, o conhecimento partia de uma visão diferente, pois “*na verdade, o homem somente o é enquanto se perfaz nas próprias relações sociais, de trabalho*”¹³⁷. Karl Marx e Engels passaram a pregar a “*total abolição da propriedade burguesa, como um dos princípios alicerçantes do comunismo*”¹³⁸.

A abolição da propriedade do rol de direitos não foi bem aceita por todos e Proudhon, de acordo com Cássia Celina Paulo Moreira da Costa,¹³⁹ defendia que “*a propriedade revela-se como uma função à qual todo cidadão é chamado (...) assim como é chamado a produzir.*”¹⁴⁰. Esclarece que “*A propriedade só se torna um direito na medida em que é uma função*”¹⁴¹. De acordo com tal teoria sobre a propriedade, se trata de uma função social e econômica na medida em que ela resulta do trabalho coletivo. Assim sendo, ela só poderia ser encarada também como pertencente à coletividade. Como consectário lógico de ser fruto do trabalho da coletividade e de pertencer a esta, a própria utilização dependeria também das

¹³² COSTA, 2003, p. 32.

¹³³ COSTA, 2003, p. 32.

¹³⁴ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002. 137p. p. 98.

¹³⁵ MASCARO, 2002, p. 98.

¹³⁶ MASCARO, 2002, p. 98.

¹³⁷ MASCARO, 2002, p. 98.

¹³⁸ COSTA, 2003, p. 34.

¹³⁹ COSTA, 2003, p. 34.

¹⁴⁰ COSTA, 2003, p. 34.

¹⁴¹ COSTA, 2003, p. 34.

exigências do coletivo, do bem comum.¹⁴² A propriedade deveria ser vista, então, como uma função e não como um direito individual.

No século XIX, a Igreja Católica passa também a defender uma utilização social da propriedade, no mesmo sentido de Proudhon, mas discordando da abolição de tal direito como propugnava Karl Marx.¹⁴³ A igreja passa então a reafirmar o direito de propriedade, por meio de várias manifestações religiosas, no sentido de uma coletivização do direito, para que mesmo os menos afortunados pudessem se beneficiar de alguma forma.¹⁴⁴

Tais idéias sobre a função social da propriedade evoluíram e começaram a tomar mais força em função da teorização feita pelo francês Léon Duguit.

Vimos, assim, a evolução do direito de propriedade, diretamente vinculado às condições econômicas e políticas do momento, oscilando entre a exclusividade romanista e a dispersão ou superposição medieval, ora com amplas garantias para o seu titular, ora dependendo do interesse social representado pela vontade estatal. É assim um dos conceitos mais maleáveis do direito adaptando-se sempre às contingências do momento, como verdadeiro instrumento do equilíbrio social, procurando conciliar as exigências, muitas vezes antagônicas, da segurança e da justiça, dos interesses coletivos e individuais.¹⁴⁵

c. EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A evolução do tratamento da propriedade no direito brasileiro seguiu a evolução indicada no tocante ao instituto partindo de uma concepção individualista até a atual.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 seguia a orientação liberal adotada no Código de Napoleão e, portanto, adotava o direito de propriedade de forma plenamente individualista, de maneira que a inviolabilidade de tal direito só seria transgredida se o bem público exigisse¹⁴⁶. O art. 179, n. 22 de tal Carta

¹⁴² COSTA, 2003, p. 35.

¹⁴³ COSTA, 2003, p. 36.

¹⁴⁴ Costa (2003, p. 35-38), em sua obra, menciona várias Encíclicas e outros documentos da Igreja Católica que trataram do tema.

¹⁴⁵ WALD, 1995, p. 107.

¹⁴⁶ CAVEDON, 2003, p.62

Constitucional estabelecia a garantia da plenitude do direito e que “*A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização*”¹⁴⁷.

Em 1891 veio a lume a Constituição dos Estados Unidos do Brasil que em nada mudou o tratamento relativo à propriedade. A Carta continuava assegurando a inviolabilidade da propriedade “*ressalvando-se à hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade social, silenciando-se tal como a Carta Imperial de 1824, quanto à questão restritiva da função social como atributo da propriedade*”¹⁴⁸. Limitações ao exercício do direito de propriedade não eram bem vistas pela sociedade, vez que se encarava tal situação como uma afronta ao princípio da liberdade de iniciativa.

A essa época, a interpretação dada pela sociedade às limitações impostas ao exercício do direito de propriedade era de que nessas se configurava atentado ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa, daí não haver menção expressa à participação ativa da propriedade no processo de integração social, sendo, inclusive, em comentários ao projeto do Código Civil, mencionadas por Clóvis Beviláqua somente restrições relativas à usucapião e à desapropriação por utilidade pública e, ainda, fora do diploma civil, a obrigação do proprietário pagar impostos, respeitar as prescrições municipais e adequar os poderes inerentes ao domínio a princípios que digam respeito a motivos de higiene, de utilidade e de aformoseamento¹⁴⁹.

As duas primeiras Constituições brasileiras trataram do direito de propriedade, mas não se importaram em limitá-lo, em razão da adoção do ideal liberal¹⁵⁰. Esse estado de coisas referente ao tratamento jurídico da propriedade começou a ser alterado pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, eis que trazia em seu texto a necessidade de se observar o caráter social da propriedade, estabelecendo no art. 113, n. 17 que tal direito “*não poderá ser exercido contra o interesse social e coletivo*”¹⁵¹. A alteração observada na Carta de 1934 foi motivada por alterações decorrentes da Constituição de Weimar (1919) e do México e consubstanciava num aumento das “*possibilidades de intervenção pública na*

¹⁴⁷ WALD, 1995, p.104.

¹⁴⁸ COSTA, 2003, p. 171.

¹⁴⁹ COSTA, 2003, p. 171.

¹⁵⁰ CAMPOS JÚNIOR, 2004, p. 97

¹⁵¹ WALD, 1995, p.105.

*Propriedade Privada, desde que com vistas ao bem público e mediante indenização*¹⁵².

A Carta constitucional seguinte não seguiu a mesma linha adotada pela anterior e não trouxe em seu bojo a orientação referente à função social da propriedade. A Constituição de 1937, na verdade, representou “*um retrocesso do processo evolutivo da propriedade no Direito Constitucional Brasileiro, suprimindo a vinculação ao interesse social ou coletivo preconizado pela Constituição de 1934*”¹⁵³. O que ocorreu foi que “*mais uma vez a propriedade ficava livre das amarras da função social*”¹⁵⁴. O texto constitucional tão somente garantia o direito de propriedade, salvo no caso de desapropriação mediante indenização. A orientação social para o uso da propriedade havia sido eliminada.

No entanto, a ressalva retornou com a Carta Constitucional seguinte, que veio a lume em 1946, num momento após a Segunda Guerra Mundial em que o país fora “*assolado por idéias democráticas que culminaram com o fim da era Vargas e a edição de nova Constituição*”¹⁵⁵. Em tal momento constitucional, o direito de propriedade passou a ser condicionado pelo bem-estar social, conforme estabeleceu o art. 147.

A Constituição de 1967 (Emenda Constitucional n. 01/69) manteve a garantia ao direito de propriedade e expressamente ressalvou a possibilidade de “*desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social (art. 153 § 22*”¹⁵⁶. Além disso, positivou em seu corpo, no artigo 157, que “*a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - na função social da propriedade*”¹⁵⁷. A partir de tal momento a expressão “função social da propriedade” foi devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁵² CAVEDON, 2003, p. 63.

¹⁵³ CAVEDON, 2003, p. 63.

¹⁵⁴ CAMPOS JÚNIOR, 2004, P. 97

¹⁵⁵ CAMPOS JÚNIOR, 2004, p. 97.

¹⁵⁶ WALD, 1995, p. 105.

¹⁵⁷ CAVEDON, 2003, p. 64.

A Constituição de 1988 manteve a linha evolutiva do direito de propriedade e tratou expressamente da função social da propriedade em seu texto, ressaltando-o como princípio geral da atividade econômica, associado a defesa do meio ambiente (art. 170, III e VI). Além disso, inseriu o princípio da função social no rol relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos de forma a qualificar o direito de propriedade pelo cunho social e também ambiental. Os artigos 182 §2º e 186 definem o conteúdo da função social tanto com referência à propriedade urbana quanto rural. Ao definir tal função da propriedade a Carta Magna estabeleceu que um dos requisitos para o seu cumprimento seria exatamente a proteção ao meio ambiente, *“ensejando a designação, também, de uma Função Ambiental à Propriedade, apesar da Constituição não utilizar explicitamente esta terminologia”*.¹⁵⁸ Desta forma, *“pode-se afirmar que a grande inovação trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a Função Ambiental da Propriedade”*.¹⁵⁹

Conforme observa Fernanda de Salles Cavedon,

A caracterização desse direito sofreu um processo evolutivo que acompanha as três gerações de evolução dos direitos. Assim é que a primeira Constituição brasileira e a que lhe sucede fixam o Direito de Propriedade de acordo com os traços dos direitos individuais de primeira geração. Já a partir da Constituição brasileira de 1934 e seguintes (com exceção da Constituição brasileira de 1937), o Direito de Propriedade ganha contornos sociais a fim de adequar-se à segunda geração de direitos, ou seja, os direitos sociais. Portanto, a Propriedade adquire uma Função Social. E, por fim, a Constituição da República Federativa de 1988, já sob a influência da terceira geração de direitos, acrescenta ao Direito de Propriedade um novo elemento, ou seja, uma Função Ambiental.¹⁶⁰

Arnoldo Wald conclui que,

Na realidade assistimos a uma fase de predomínio do social sobre o individual. Os direitos do homem mereciam uma garantia especial quando o Estado representava uma minoria dos membros da comunidade. Dentro do plano democrático, havendo coincidência da maioria com o Estado, a noção predominante torna-se de utilidade pública, sem prejuízo do reconhecimento dos direitos intangíveis do indivíduo. O aperfeiçoamento da técnica e o controle prodigiosos que o homem conseguiu sobre as forças naturais não se coadunam mais com o sistema do liberalismo do Estado fisiocrata e tenta-se encontrar uma adequada conciliação entre a intervenção econômica dos poderes públicos e a manutenção do regime democrático.¹⁶¹

¹⁵⁸ CAVEDON, 2003, p. 64.

¹⁵⁹ CAVEDON, 2003, p. 64.

¹⁶⁰ CAVEDON, 2003, p. 64-65.

¹⁶¹ WALD, 1995, p.106.

d. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A idéia de função social foi aplicada ao direito de propriedade na passagem do século XIX para o XX por Leon Duguit, que “*sob uma perspectiva inédita, traz para a comunidade jurídica os fundamentos da teoria da função social, que pretende substituir a “metafísica” noção de direito subjetivo*”.¹⁶²

De acordo com Carmem Lúcia Antunes Rocha,

As lutas pela implantação de ideário que transcendesse o individualismo dominante em todas as instituições, incluído aí o direito de propriedade, estabeleceram um novo paradigma constitucional, marcadamente exitoso nos primeiros tempos do século XX.

Nesse constitucionalismo social, a propriedade deixa de ser vislumbrada sob a ótica eminentemente privatista e passa a ser informada, em seu conteúdo, pela propriedade-função social. O princípio informador desse constitucionalismo traz a marca da justiça social. Universaliza-se o constitucionalismo social e socializam-se os instrumentos de produção. Os fins sociais sobrepõem-se aos interesses (ou caprichos) individuais. O modelo capitalista liberal, marca do Estado burguês da era moderna, cede ao modelo de Estado Social, que se plantava desde os oitocentos.¹⁶³

De acordo com entendimento de Guilherme José Purvin de Figueiredo, a teoria de Leon Duguit toma como base a premissa de que o Direito deve ser resultado constante da evolução dos fatos e não mera reprodução das idéias do legislador, de maneira que novas necessidades demandassem sempre alterações jurídicas para acompanhar o mundo dos fatos. Esclarece que “*Foi a necessidade de superar as concepções individualistas do direito privado, (...) que resultou na consagração da noção de função social da propriedade*”¹⁶⁴.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges explica que tal valorização dos fatos para o direito se deve ao fato de que Duguit “*procurou explicar o direito através de teorias*

¹⁶² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. 288 p, p. 69.

¹⁶³ ROCHA, 2003, p. 563.

¹⁶⁴ FIGUEIREDO, 2004, p. 69.

sociológicas¹⁶⁵. *Ele atacou, na sua análise, a existência dos chamados direitos subjetivos e propôs a substituição pela noção de situação jurídica*.¹⁶⁶ O ataque aos chamados direitos subjetivos se deve ao fato de que *“pela teoria da época, era um poder jurídico exercido como faculdade pelo seu titular para atender aos seus interesses individuais”*.¹⁶⁷

No direito subjetivo, o sujeito receberia um poder para atender a interesses unicamente particulares, enquanto que na situação jurídica o poder jurídico seria concedido ao sujeito para atender aos interesses da sociedade.¹⁶⁸

Leon Duguit fazia uma análise do direito como fruto da realidade social, de maneira que não poderia ficar preso a meras especulações jusnaturalistas, como a noção de direito subjetivo, nem ficar atrelado simplesmente ao entendimento codificado pelos legisladores. Desta forma, seria necessário analisar a evolução dos fatos para fazer com que o direito evoluísse também, inclusive mudando posicionamentos até então tidos como corretos e inquestionáveis.

O referido jurista francês foi diretamente influenciado por Augusto Comte e em seus estudos chegou a conclusão de que *“nem o homem nem a coletividade têm direitos, mas cada indivíduo tem uma certa função a cumprir em sociedade, uma determinada tarefa a executar. Este seria o fundamento da regra de Direito que se impõe a todos, inclusive ao Estado”*.¹⁶⁹ Com base nessa noção, Duguit alterou toda

¹⁶⁵ Conforme Erly Euzébio dos Anjos **“Ordem, compreensão, transformação social e a violência hoje”**. Vitória: CEG/EDUFES, 1999. 189 p., p.15) a Sociologia possui três formas de abordagens principais, quais sejam, ordem, compreensão e transformação. Em cada uma delas há uma explicação distinta para o fenômeno social, eis que a perspectiva a ser ressaltada é sempre única em cada uma delas. Produzem respostas diferentes para os mesmos eventos sociais, porém totalmente válidas, pois o ponto de vista é sempre diferente. É como se estivéssemos enxergando a realidade social por meio de um prisma, de forma que em cada extremidade a visão fosse diversa. A abordagem da ordem está diretamente ligada a manutenção do *status quo*. O que se pretende é cristalizar aquilo que já existe para que não parem dúvidas, nem se levantem questionamentos. Seria a intenção de postura eminentemente dogmática, de forma que os dominantes determinam e os dominados apenas obedecem. A abordagem diametralmente oposta é a da **transformação, cuja** realidade social é a da existência de contradição, de confrontação histórica material e dialética, ou seja, total. A ação política é a de revolucionar, almeja-se eliminar com o sistema posto, utilizando suas falhas para tentar criar um novo sistema evoluído, no qual os mesmos erros não sejam cometidos. A visão não é mais dogmática, agora se questiona absolutamente tudo. Nada é mais tido como verdade absoluta, eis que se entende que tudo está em constante mudança. O mundo deve ser encarado sob uma perspectiva dinâmica.

¹⁶⁶ BORGES, 1999, p. 73.

¹⁶⁷ BORGES, 1999, p. 73

¹⁶⁸ BORGES, 1999, p. 74.

¹⁶⁹ FIGUEIREDO, 2004, p. 70.

a noção de valores até então reinantes no direito, demonstrando que a ótica a orientar as relações jurídicas deveria se pautar não mais no individualismo, mas sim no conjunto social.

O conceito de função social revolucionou a exegese jurídica de valores como *liberdade* e *propriedade*. No sistema individualista, a liberdade é entendida como o direito de fazer tudo o que não prejudicar a outrem e, portanto, também o direito de não fazer nada. De acordo com a teoria da função social, todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, intelectual e moral, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira. Não existe o direito ao entorpecimento, podendo os governos intervir para impor o trabalho, e até mesmo regulamentar tal imposição.¹⁷⁰ (grifos no original)

A idéia de função social foi, então, transportada para o campo patrimonial, por Leon Duguit, ao sustentar que a propriedade não deveria mais ser considerada como sagrada, absoluta e intangível. Para ele todos devem cumprir uma função social, principalmente os proprietários. Sendo assim, “*direitos de proprietário só estarão protegidos se ele cultivar a terra ou se não permitir a ruína de sua casa*”¹⁷¹. O não cumprimento da função social legitimaria “*a intervenção dos governantes no sentido de obrigarem o cumprimento, pelo proprietário, de sua função social.*”¹⁷²

Guilherme José Purvin de Figueiredo esclarece que,

O conceito de **função social** oferecido por Duguit inspira-se na doutrina de Augusto Comte. Em seu “Discurso sobre o espírito Positivo”, Comte sustenta ser irrelevante a existência individual do homem, já que nosso desenvolvimento provém da sociedade (e não de indivíduos isoladamente considerados). A filosofia positivista destaca sempre “a ligação de cada um a todos, sob uma multidão de aspectos diferentes, de maneira a tornar ,involuntariamente familiar o íntimo sentimento de solidariedade social, convenientemente desdobrado para todos os tempos e todos os lugares”. O modo mais eficaz de assegurar a felicidade privada, segundo Comte, é pela procura ativa do bem público, a qual exige, necessariamente, a repressão permanente dos impulsos pessoais que possam suscitar conflitos contínuos. Deve-se, assim, buscar a prevalência da “combinação da inteligência com a sociabilidade, em prejuízo da animalidade propriamente dita”.¹⁷³

Para João Lopes Guimarães Júnior,

¹⁷⁰ FIGUEIREDO, 2004, p. 70.

¹⁷¹ FIGUEIREDO, 2004, p. 70.

¹⁷² FIGUEIREDO, 2004, p. 70.

¹⁷³ FIGUEIREDO, 2004, p. 70.

A idéia de *função social da propriedade*, nessa ordem de raciocínio, emerge como o *dever do proprietário de atender a finalidades relacionadas a interesses protegidos por lei*. (...) O proprietário, ao usar, gozar e dispor de seus bens, tem o dever de respeitar a lei que protege interesses, bens e valores (como o meio ambiente, o urbanismo, o desenvolvimento econômico, a segurança, a estética, a preservação do patrimônio histórico, a saúde, etc.) que, por sua relevância social, sobrepõem-se aos seus interesses individuais.¹⁷⁴

A função social de Leon Duguit adveio, portanto, do pensamento de Augusto Comte, para quem a noção de indivíduo não era a mais importante, mas, sim a noção de sociedade, ou seja, do conglomerado de indivíduos considerados como grupo e não cada um individualmente. O sucesso de toda e qualquer atividade só seria alcançado com a união dos esforços comuns, a solidariedade deveria prevalecer em detrimento do individualismo excessivo reinante até então. *“Trata-se de forte reação ao individualismo exacerbado do período pós-revolucionário de 1789”*¹⁷⁵.

Ao tratar do *regime público*, Comte afirma textualmente que “o positivismo não reconhece a ninguém outro direito senão o de cumprir sempre o seu dever”, o que, em outras palavras, significa que todos têm o dever de auxiliar “a cada um no preenchimento de sua função peculiar”. Com isto, desaparece a noção de direito (subjeto) do domínio político pois “os direitos, quaisquer que eles sejam, supõem necessariamente uma origem sobrenatural, única, que pode subtraí-los a discussão humana.”¹⁷⁶ (grifos no original)

Leon Duguit sustentava que a propriedade não deveria mais ser considerada direito subjetivo, mas sim uma função social a ser exercida pelo proprietário, de forma que o foco fosse totalmente desviado do indivíduo para o cumprimento da função. Figueiredo informa que para Duguit *“a propriedade é uma instituição jurídica que, como qualquer outra, formou-se para responder a uma necessidade econômica. (...) O conceito jurídico institucional (...) destina-se declaradamente a adequar-se às necessidades econômicas de seu tempo.”*¹⁷⁷

Dessa maneira, Duguit propunha o fim dos direitos subjetivos clássicos e a sua substituição por direitos-deveres. Ele entendia que a concepção de direito de propriedade estabelecida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e no código civil francês não respondia mais ao estágio de evolução da sociedade e do direito da época. Ele afirmava que a

¹⁷⁴ GUIMARÃES JÚNIOR, 2003, 124-125.

¹⁷⁵ FIGUEIREDO, 2004, p. 71.

¹⁷⁶ FIGUEIREDO, 2004, p. 71.

¹⁷⁷ FIGUEIREDO, 2004, p. 72.

propriedade não era mais aquele direito subjetivo que o código civil definia como sendo o direito de dispor das coisas da maneira mais absoluta.¹⁷⁸

3.4.1 Função social: interior ou exterior ao direito de propriedade?

Partindo do pressuposto que a função social-ecológica da propriedade é uma realidade que de alguma forma limita os poderes do proprietário em prol de um benefício maior, impende saber a quem compete, verdadeiramente, dispor sobre tal função, ou seja, há que se saber se a função é inerente ao direito de propriedade ou se é um fator externo. Fernandez faz a seguinte observação:

(...) torna-se imperioso saber a quem atribuir a autoria desta nova concepção de propriedade e iniciativa econômica privadas aliadas ao inseparável qualificativo “social” ou “ecológico”. Por outras palavras cumpre saber se aquele estreitamento de poderes é realizado pela própria Constituição ou, se pelo contrário, a Lei Fundamental admite todas as formas de exercício dos direitos fundamentais em causa, reservando para a lei a tarefa de promover, sendo caso disso, e dentro de determinados condicionalismos, a sua restrição.

A questão em causa resume-se a averiguar se a função social-ecológica que o direito de propriedade privada e de iniciativa económica desempenham no actual quadro jurídico-constitucional e da qual decorrem vínculos – designadamente os de natureza ambiental e ecológica que os oneram – constitui uma *peça estrutural* dos direitos em causa, ou, se pelo contrário, se trata antes de um *elemento externo* de natureza *finalística*, manifestado pela *lei*, e para o qual os direitos em apreço tendem¹⁷⁹. (grifos no original)

O fato de se considerar a função social-ecológica como inerente ao direito de propriedade ou externa a ele terá conseqüências diretas e concretas e não meramente acadêmicas como se poderia pensar. Isso porque ao se encarar a função como parte integrante do direito de propriedade, de acordo com Maria Elizabeth Moreira Fernandez¹⁸⁰, se entenderia que a maior parte das intervenções legislativas na seara ambiental seria considerada explicativa do texto constitucional exceto nas situações de expropriação e requisição. Desta forma, somente haveria o direito de indenização, para os proprietários, no caso de intervenções não consideradas como meramente explicativas do texto legal, isto porque a atribuição para tratar da função social-ecológica da propriedade seria dos constituintes, enquanto aos legisladores caberia, apenas, explicar o que lá foi dito.

¹⁷⁸ BORGES, 1999, p. 74.

¹⁷⁹ FERNANDEZ, 2001, p. 188-189.

¹⁸⁰ FERNANDEZ, 2001, p. 189.

Marcelo Abelha Rodrigues, concordando com a posição de Maria Elizabeth Moreira Fernandez, esclarece que não há que se falar em direito de indenização nas limitações internas “*porque são feitas sempre para atender a situações objetivamente previstas na própria lei e formadoras do conteúdo do próprio direito*”¹⁸¹. Ressalta ainda que, “*Consubstanciam verdadeiras “restrições” legais que permitem a atuação de polícia (poder de polícia).*”¹⁸²

Os seguidores da corrente da função social como elemento estrutural do conteúdo constitucional do direito de propriedade privada entendem que tal direito “*nasce limitado por obra da própria Constituição*”¹⁸³ e, portanto, a legislação ordinária nada mais poderia fazer que não explicitar o que já foi dito.

De acordo com Maria Elizabeth Moreira Fernandez¹⁸⁴, pela análise da doutrina e da jurisprudência portuguesa se conclui que o posicionamento majoritariamente adotado é o de que a função social pertence ao *conteúdo* constitucionalmente pré-configurado para o direito de propriedade privada.

A função social é uma qualidade imanente ao direito de propriedade na exacta medida em que quando o exercício do direito de propriedade lesiona o bem comum não se exerce o direito de propriedade em conformidade com a sua própria natureza, mas abusando do mesmo ou desnaturalizando o seu conteúdo. A introdução do interesse público ambiental nas incumbências do Estado operou uma transformação no eixo de interesses que a propriedade privada protegia. De facto, e ao contrário do que se verificava durante o entendimento liberal deste direito fundamental, actualmente não se protege o proprietário, mas antes os não proprietários, pois existe um novo critério ideológico que subjaz às normas civis e constitucionais, segundo o qual o interesse que carece de protecção é o interesse social e não o individual. Segundo este entendimento, a propriedade passa, antes, a ser encarada como uma relação jurídica que se estabelece não entre os homens e as coisas, mas antes entre os homens e que se refere ao uso das coisas¹⁸⁵.

Para os seguidores dessa linha de pensamento, a propriedade estaria agora totalmente atrelada à função que deve desempenhar, de forma que não se poderia mais falar em propriedade legítima se esta não estiver sendo pautada pela função estabelecida constitucionalmente.

¹⁸¹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 225.

¹⁸² ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 225.

¹⁸³ FERNANDEZ, 2001, p. 194.

¹⁸⁴ FERNANDEZ, 2001, p. 191.

¹⁸⁵ FERNANDEZ, 2001, p. 193-194.

G. Morbidelli considera que na aplicação da função social inerente à propriedade privada podem ser destacadas duas espécies diferentes de limitações. A primeira espécie de limitações resume-se às imposições legais relativas a um determinado tipo de propriedade que interfere propriamente com o seu conteúdo, constituindo, por via disso, uma propriedade funcionalizada. A limitação é justificada pela função social que, por sua vez, se realiza mediante a limitação legalmente operada. A funcionalização da propriedade opera como uma transformação qualitativa deste direito fundamental, tratando-se de limitações que entram ou passam a fazer parte do dispositivo constitucional do artigo 42º da CI e que vão, conseqüentemente endereçadas ao interno do uso e da disposição de tal direito, constituindo uma pré-determinação interna. Assim sendo, as limitações legalmente determinadas para o direito de propriedade privada não constituem, neste caso, intervenções “ad externo”, representando, pelo contrário, a própria estrutura da propriedade urbanística ou da propriedade paisagística. Por outro lado, a segunda espécie de limitações decorre da função social reflexa da propriedade privada, provocada pela proximidade com outros bens públicos. Estas limitações, porque incidentes sobre uma categoria determinada de bens, não determinam um específico estatuto para a propriedade, provocando, antes, exigências funcionais de determinados bens dominiais.¹⁸⁶

Os doutrinadores que seguem esse posicionamento entendem que, mesmo na hipótese de omissão legal, permanece a obrigação jurídica do proprietário de somente exercer o seu direito de acordo com a função social, pois tal direito só é constitucionalmente assegurado enquanto ainda for mantida uma forma legítima de utilização da propriedade, ou seja, uma forma que revele a função social da mesma.¹⁸⁷

No direito brasileiro, Roxana Cardoso Brasileiro Borges entende que *“a função social da propriedade, atrelada à idéia de direito subjetivo, torna-se parte do próprio conteúdo do direito de propriedade”*¹⁸⁸.

Derani de forma semelhante entende que *“um novo atributo insere-se na propriedade, que além de privada, ou seja, ligada a um sujeito particular de direito, atenderá a uma destinação social, isto é, seus frutos deverão reverter de algum modo à sociedade”*¹⁸⁹

Marcelo Abelha Rodrigues adota tal entendimento em sua obra. Segundo ele,

¹⁸⁶ FERNANDEZ, 2001, p. 197.

¹⁸⁷ FERNANDEZ, 2001, p. 199.

¹⁸⁸ BORGES, 1999, p. 73.

¹⁸⁹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2 ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001, 302 p. P. 253

As limitações internas são formadoras do próprio conteúdo do direito de propriedade (regras de direito objetivo – *normas agendi*) e nem poderiam ser consideradas verdadeiras limitações porque são definidoras do direito de propriedade. Essas limitações decorrem da própria lei (constitucional inclusive), que deve resguardar um conteúdo mínimo da essência do direito. Tais limitações servem à função privada ou pública. Quanto à privada é forma de assegurar o próprio direito de propriedade, permitindo um pleno convívio de propriedades privadas. Quanto à pública, pode-se dizer que esta é determinada e imposta pela CF/88, em diversos momentos do texto constitucional e o art. 225 é um bom exemplo do que aqui se disse.

A grande parte das “limitações” em prol do meio ambiente são, na verdade, limites internos porque formadores do perfil “ecológico-social” da propriedade. Tais limitações incidem “*no direito de propriedade e não sobre o direito de propriedade*” e fazem parte das regras abstratas e gerais do direito objetivo.

(...)

Cumpra assinalar que a interpretação da *função social da propriedade*, que é uma expressão que consagra um conceito jurídico indeterminado (com indicativo constitucional – art. 186), permite interferência do Poder Público (administrativo, legislativo e judiciário) no direito de propriedade.¹⁹⁰

De outro lado, ao se optar pelo segundo entendimento¹⁹¹, de acordo com o qual a função seria externa¹⁹² ao direito de propriedade haveria de se considerar que toda e qualquer intervenção legislativa instituidora de limites na seara ambiental seria de índole restritiva e, como tal, passível de ensejar o direito à indenização do proprietário, desde que o conteúdo essencial do direito de propriedade fosse afetado. Isto porque a Constituição apenas garantiria o direito de propriedade mas não disciplinaria a função que ela deveria desempenhar que, portanto, seria entregue ao legislador ordinário, que, desta forma, poderia instituir uma série de restrições.

Esta corrente entende, portanto, que a função social seria elemento externo ao conteúdo do direito de propriedade privada e, em função disso, não estaria totalmente plasmada na Constituição, restando campo para o legislador ordinário tratar da matéria.

¹⁹⁰ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 224.

¹⁹¹ FERNANDEZ, 2001, p. 189.

¹⁹² Para Abelha Rodrigues, (2005, p. 224) “*Limitações externas são as que pressupõem o direito subjetivo, portanto, a situação jurídica subjetiva, tolhendo o exercício do direito e desnaturando-o na sua essência. Essas limitações externas reconhecem o direito subjetivo para sobre ele impor uma limitação em prol do interesse coletivo. Tem uma natureza constitutiva e por isso mesmo pressupõem um sacrifício de um direito subjetivo, motivo pelo qual, normalmente, deve haver uma compensação do prejudicado na proporção de dita limitação. É o que acontece nas servidões administrativas e nas desapropriações*”.

A opção a favor da primeira hipótese atrás referenciada implica que o especial regime constitucionalmente inerente às restrições de direitos, liberdades e garantias seja *apenas* reservado para os casos de manifesta violação do conteúdo essencial do direito de propriedade – máxime *expropriação e requisição por utilidade pública* – sendo que os restantes casos de intervenção legislativa no direito de propriedade escapam, conseqüentemente, por não serem configurados como intervenções restritivas, mas conformadoras ou concretizadoras do direito positivado no artigo 62º da CRP, ao apertado regime especial configurado no artigo 18º, nºs 2 e 3, da CRP. A opção pela segunda das hipóteses adiantadas concede, contrariamente, uma garantia mais ampla para o direito de propriedade privada, na exacta medida em que todas as intervenções legais no direito de propriedade ou no direito de iniciativa económica assumem um *sentido restritivo*, qualidade que, automaticamente, sujeita tais intervenções, na sua globalidade, ao exigente regime específico depositado no artigo 18 , nºs 2 e 3, para as hipóteses de expropriação e requisição por utilidade pública, mas para toda e qualquer forma de intervenção do direito de propriedade privada que limite o conteúdo pré-configurado pelo legislador constituinte.¹⁹³ (grifos no original)

Maria Elizabeth Moreira Fernandez informa que “*No ordenamento jurídico comparado a esmagadora maioria dos autores (...) defendem que a função social é um componente interno do direito de propriedade privada. A tese contrária (...) parece apenas encontrar um solitário seguidor em Perlingieri*”¹⁹⁴. Para o referido autor “*a propriedade privada é limitada pela função social como uma força externa e a intervenção legislativa só é necessária para promover a consequente funcionalização da propriedade privada*”.¹⁹⁵ Com efeito, a funcionalização do direito de propriedade não seria descrita pela Constituição, mas, sim pelo legislador ordinário.

Entre nós, porém, a tese que concebe a função social da propriedade como um *elemento exterior* ou *alheio* à estrutura do direito encontra, felizmente, um maior número de seguidores.¹⁹⁶ (grifos no original)

Se existe na Constituição, um direito, liberdade e garantia insusceptível de restrições – como sucede com o direito de propriedade privada configurado pelo artigo 62º da CRP – esse direito é mesmo, *prima facie*, um direito sem reserva de restrições. No entanto, a *posteriori*, mediante o emprego do argumento e do contra-argumento, ponderando-se princípios jurídico-constitucionais, pode chegar-se à conclusão de que é necessário proceder à *optmização* adequada e proporcional que se consubstancia na função social-ecológica da propriedade privada.

Assim, e no entender de G. Canotilho as leis que condicionam ou limitam o exercício de faculdades e competências inerentes ao direito de propriedade privada como forma de promover a protecção a natureza, o equilíbrio ecológico e o património cultural constituem *leis restritivas* do direito em

¹⁹³ FERNANDEZ, 2001, p. 189-190.

¹⁹⁴ FERNANDEZ, 2001, p. 190.

¹⁹⁵ FERNANDEZ, 2001, p. 199.

¹⁹⁶ FERNANDEZ, 2001, p. 200.

apreço. O tatbestand do direito de propriedade não é constitucionalmente restringido pela função social ou pela função ecológica da propriedade, razão pela qual estes princípios apenas podem transportar *dimensões objectivas* possibilitadoras de uma *ponderação de bens jurídico-constitucionais* efectuadas a partir da própria Constituição.¹⁹⁷ (grifos no original)

Maria Elizabeth Moreira Fernandez esclarece que a “*Constituição Portuguesa não acolhe de forma expressa e inequívoca a submissão da propriedade privada ao desempenho de uma função social ou de uma função ecológica*”¹⁹⁸ e acrescenta ainda que “*nem sequer autoriza o legislador ordinário, pelo menos de modo explícito, a produzir leis que promovendo o desempenho daquelas funções, reduzam ou restrinjam as competências ou as faculdades inerentes ao direito fundamental em apreço*”.¹⁹⁹

Talvez em função da falta de posicionamento explícito no texto constitucional português, Maria Elizabeth Moreira Fernandez após expor as duas teorias demonstra sua tendência pela não inclusão da função social no conteúdo do direito de propriedade, ou seja, entende tratar-se de fator externo a ele e que, por via de consequência, seria detalhado as minúcias por obra do legislador ordinário.

Contrariamente ao pretendido pela tese anterior, quer-nos parecer, que a função social desempenhada pela propriedade privada não constitui um elemento interno à sua estrutura. Exercer o direito em apreço em violação da função social ou da função ecológica que a mesma desempenha não constitui uma forma de exercício que colida com o interesse que se pretendeu garantir com o seu estabelecimento constitucional, mas antes a colisão desse direito com determinado fim ou escopo coincidente com um outro direito fundamental de igual rango que, no caso concreto, corresponde ao direito ao ambiente e à qualidade de vida. A nosso ver, os direitos fundamentais, nomeadamente o direito de propriedade privada, são direitos *prima facie*, susceptíveis de limitações que não decorrem, no entanto, de forma prévia e abstracta da Constituição, mas antes de forma ulterior e concreta da interposição de uma lei para a qual o legislador constituinte exigiu generalidade e abstracção.²⁰⁰ (grifos no original)

A consequência lógica desse raciocínio, consubstanciado no afastamento da tese que entende a função social-ecológica como um limite imanente ao direito de propriedade privada, implica a qualificação das leis que intervêm no direito em apreço como leis de sentido restritivo. Com efeito, as intervenções no direito de propriedade poderão assumir dois sentidos diferentes que cumpre destacar. Assim, as leis que intervêm no direito de propriedade privada podem assumir um sentido meramente *conformador*

¹⁹⁷ FERNANDEZ, 2001, p. 203.

¹⁹⁸ FERNANDEZ, 2001, p. 204.

¹⁹⁹ FERNANDEZ, 2001, p. 204.

²⁰⁰ FERNANDEZ, 2001, p.207.

ou aclarador (concretizador) quando os limites constitucionais ao direito em causa decorreram originária e expressamente da própria Constituição, mas no que concerne à protecção de interesses ambientais ou ecológicos através da propriedade privada as leis não podem deixar de evidenciar um *sentido restritivo* quando a Lei Fundamental autoriza a lei de forma explícita a proceder a intervenções mais ou menos graves no direito em causa. AS leis que evidenciam este último sentido podem, ainda, constituir leis de sentido *restritivo-ablativo* (referente à expropriação e requisição por utilidade pública e à nacionalização) que por corresponderem às intervenções mais dramáticas e gravosas ao direito em causa, a Lei Fundamental decidiu autorizar de forma expressa e inequívoca, bem como ainda, leis de sentido **restritivo-limitativo** as quais apenas limitam, condicionam e anulam o exercício de determinada competência ou conjunto de competências inerentes ao conteúdo do direito de propriedade privada para as quais a Lei Fundamental, não configurou uma habilitação expressa.²⁰¹ (grifos no original)

Concordamos, no entanto, com a primeira corrente, que entende tratar de limitação interna ao direito de propriedade. A função sócio-ecológica está diretamente ligada ao fato de se tratar de algo “dado”²⁰² e, portanto, de importância alheia e anterior ao ser humano ou ao possível aproveitamento econômico que se queira atribuir. Entendemos que não há como não se entender tratar de fator inerente aos bens ambientais, e, assim, não poderia ser vista como limitação externa ao direito de propriedade.

Além disso, há que se considerar que a função ecológica dos bens ambientais não foi criada, inventada, pelos homens, mas, sim constatada por se tratar de algo dado pela natureza. Sendo assim, há que se concluir tratar, efetivamente, de característica de cada bem ambiental, na medida em que cada um deles foi dado para cumprir um papel ecológico no planeta e, não, simplesmente para servir ao homem. O que foi “construído” foi a forma predatória de se utilizar o que foi “dado” e

²⁰¹ FERNANDEZ, 2001, p. 208.

²⁰² De acordo com Abelha Rodrigues (2005, p. 213-214) “*Por serem anteriores ao ser humano, e, especialmente, por não terem sido por ele criados (antes, o inverso), certos componentes da natureza, como a água, o solo com seus elementos químicos, a temperatura, a biota (fauna e flora), a pressão, a umidade, etc., compõem os elementos do dado. Por outro lado, tudo aquilo que sendo posterior ao ser humano, que tenha sido gerado pela sua arte ou transformação (portanto, que inexistia antes do seu surgimento), corresponde ao que denominamos de construído. Dado e o construído nada mais são do que elementos que não foram criados e elementos que foram criados pelos seres humanos, respectivamente. (...) Portanto, o fato do ser humano atribuir aos elementos que compõem o dado outras funções além daquelas que naturalmente se prestam, não possui o condão de alterar as propriedades deste elemento, e nem mesmo de alterar-lhes as suas funções vitais e imanentes. (...) Por mais importância que culturalmente possa ter uma função criada pelo ser humano para os diversos componentes ambientais, isso não desnatura as suas funções prioritárias, que, repita-se, deve ser precipuamente reservada ao papel conatural de fatores (bióticos e abióticos) do meio ambiente, responsável pelo equilíbrio do ecossistema, para só então, depois, servir ao ecossistema social, mas sempre evitando ao máximo que o seu papel ecológico seja agredido.*”

que pode culminar com a extinção dos bens ambientais e, posteriormente, da própria raça humana.

3. MEIO AMBIENTE: princípios orientadores

a. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO AMBIENTAL

Apesar do Direito ambiental tratar de objetos existentes muito antes do aparecimento do ser humano, nem sempre ele foi tratado de forma especial. O meio ambiente passou por várias etapas e vários momentos diferenciados. Momentos em que era considerado apenas como recurso para viabilizar as diversas atividades econômicas, momentos em que era alvo de preocupação dos sanitaristas e o momento presente em que ele é realmente alvo puro de preocupações e de lutas para preservação/conservação²⁰³.

²⁰³ Antonio Herman Benjamin, em "A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**. São Paulo. vol. 01. n.º 02. ano 01. p. 149-169. julho/01, p. 162-163" diferencia os conservacionistas dos preservacionistas, afirmando que os primeiros estão mais ligados às correntes de pensamento antropocêntrico (puro ou mitigado) enquanto os outros estão ligados às não-antropocêntricas. "A maioria dos conservacionistas vê os ecossistemas e outras espécies como recursos – é o enfoque próprio do *homo economicus*. Recursos que demandam regras para sua exploração, mas ainda assim recursos. Para essa corrente, a preocupação principal não é exatamente a proteção de espécies ou ecossistemas *per se*, mas o seu uso adequado (=uso-inteligente ou em linguagem mais atual, sustentável). Na exata medida em que *todos* os componentes da natureza precisam ser utilizados é que se justifica o cuidado ao usá-los, para que não faltem. Já os preservacionistas, convictos, inclusive com evidências científicas, de que a interferência humana, em certos casos, está em confronto direto com a proteção eficaz do meio ambiente, pretendem manter grandes áreas naturais fora do *uso econômico direto* (permitido, contudo, o uso econômico indireto, como nos Parques Nacionais), com isso assegurando-se a integridade desses *habitats*. Buscam, em um mundo onde pouco sobrou da natureza "intocável", a manutenção de um mínimo do *status quo* ecológico o mais original possível, admitindo-se, quando muito, a recuperação (e não transformação) dos fragmentos degradados. Historicamente, na sua origem, está uma postura de *reverência* perante a natureza, na forma de apreciação das belezas naturais e dos espaços virgens ou selvagens. O certo é que, em todo o mundo, os vários ordenamentos jurídicos adotam um conjunto de instrumentos de tutela ambiental que mesclam objetivos de conservação (como a Reserva Legal, a Reserva de Desenvolvimento Sustentável e a APA – Área de Proteção Ambiental) com outros, mais rígidos, de preservação (como as APPs – Áreas de Proteção Permanente, Reservas Biológicas e Estações Ecológicas). Uns mais antropocêntricos (Florestas Nacionais, p. ex), outros de índole claramente ecocêntrica (Estações Ecológicas ou Reservas Biológicas, p. ex)" (grifos no original) p. 162-163.

Eventos históricos foram relevantes para que a sociedade começasse a desenvolver uma consciência verdadeiramente ecológica, dentre os quais se destaca a Conferência Internacional de Meio Ambiente realizada em Estocolmo em 1972 e posteriormente a Rio/92.

Pode-se dizer que foi, efetivamente, pelos idos de 1960, que a sociedade passou a desenvolver uma consciência social e política sobre os problemas ambientais. Todavia, tal iluminação não adveio, simplesmente, da reflexão da sociedade, mas sim, em decorrência de diversos problemas ambientais, tais como, “*o aumento populacional incontido e desregrado, o crescimento urbano, a produção em massa, a sedimentação do capitalismo; a explosão do consumo; a industrialização do pós-guerra*”.²⁰⁴

Essa “visão ambiental” só passou a existir, basicamente, em fins da década de 60, quando devido ao crescimento em massa da população e do consumo, enxergou-se que os bens ambientais eram escassos e que a economia e o meio ambiente deveriam caminhar em sentido paralelo de não de modo antagônico (art. 170, VI da CF/88).²⁰⁵

Marcelo Abelha Rodrigues esclarece que vários desastres ecológicos ocorreram naquela época e contribuíram com o início da tomada de consciência.

Alguns desastres ecológicos, causados por poluição industrial, tal como o de Donora, na Pensilvânia, em 1948, provocado pela indústria siderúrgica, que afetou 47% da população local. Também em Londres, em 1952, mais de 4 mil mortes foram registradas em decorrência da ocorrência do fenômeno de “*inversão térmica*” que impediu que os gases oriundos da queima do carvão para aquecimento das casas, dos veículos e das empresas fossem naturalmente dissipados. Isso fez com que esse gases ficassem concentrados, fazendo com que a população fosse asfixiada pelos mesmos.²⁰⁶

A partir de tais eventos, a ONU convocou a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que seria realizada no ano de 1972, em Estocolmo, Suécia.

Entretanto, o alerta causado por vários desastres ecológicos, naquele período antecedente à Conferência de Estocolmo, fez com que diversas reuniões preparatórias fossem realizadas, tendo como tema central a proteção do meio

²⁰⁴ ABELHA RODRIGUES, 2005, p.118.

²⁰⁵ ABELHA RODRIGUES, 2005, p 57.

²⁰⁶ ABELHA RODRIGUES, 2005, p 118.

ambiente e os meios para salvá-lo. Nessa atmosfera destacaram-se dois importantes encontros realizados no ano de 1971, que foram *preparatórios* para a reunião em Estocolmo.²⁰⁷

Em 1992, ou seja, vinte anos após o advento da Declaração de Estocolmo foi realizado no Brasil a Rio-92, com o objetivo de reavaliar os resultados das políticas ambientais desenvolvidas e traçar novas diretrizes em benefício da proteção ambiental.

O fato inegável é que a Conferência de Estocolmo foi um verdadeiro marco na ruptura do desenvolvimento às custas do meio ambiente, e principalmente na conscientização de que os bens ambientais são finitos e esgotáveis, e que se o homem não repensar a forma com que está lidando com o seu meio, certamente que abreviará a sua vida nesse planeta.²⁰⁸

Sobre a evolução do direito ambiental no Brasil, Guilherme José Purvin de Figueiredo faz a seguinte observação:

No estudo da história de nosso país, três problemas culturais recorrentes – o descontrole fundiário, a degradação ecológica e a desigualdade social – estão diretamente relacionados com os valores tutelados pelo princípio da função social da propriedade. O primeiro revela-se na formação de gigantescos latifúndios, muitos deles improdutivos. O segundo é facilmente demonstrado a partir dos mapas demonstrativos da devastação da Mata Atlântica e de outros biomas igualmente relevantes. Finalmente, o terceiro, assentado nas raízes da tradição escravocrata, faz-se presente no acirramento das tensões no ambiente urbano neste início do terceiro milênio. Não há como compreender a importância da aplicação da legislação ambiental em vigor sem uma noção das causas remotas da crise ambiental contemporânea.

O Direito Ambiental hoje vigente é resultado de um longo processo histórico no qual a herança cultural dos povos indígenas de convívio (relativamente) pacífico com a natureza conjuga-se com a visão do explorador português que aqui aportou há mais de meio milênio.²⁰⁹

De acordo com entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues²¹⁰, a evolução do direito ambiental brasileiro pode ser dividida em três fases que demonstram claramente os diferentes momentos porque passou a defesa do meio ambiente e os diferentes fundamentos utilizados por cada uma delas. São elas: fase econômica dos bens ambientais; fase sanitária de proteção dos bens ambientais e fase de proteção dos bens ambientais em si mesmo considerados: o Direito Ambiental.

²⁰⁷ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 119.

²⁰⁸ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 120.

²⁰⁹ FIGUEIREDO, 2004, p. 139.

²¹⁰ ABELHA RODRIGUES, 2005, p.88-104.

A primeira etapa, denominada de fase econômica dos bens ambientais teve início com o “descobrimento do Brasil” e durou até aproximadamente a segunda metade do século XX e tinha como pressuposto básico a preocupação de preservação dos bens ambientais para viabilização das atividades econômicas. Nela, o homem é realmente tido como o centro indiscutível de todo o ordenamento jurídico e de todas as atividades econômicas implementadas, de forma que a preocupação com o meio ambiente não era efetivamente com os bens em si considerados, mas com o fato de que sua existência era vital para a continuidade das atividades econômicas.

Nessa fase o meio ambiente tinha uma proteção secundária, mediata, fruto de uma concepção egoísta e meramente econômica. O ambiente não era tutelado de modo autônomo, senão apenas como um bem privado, sendo o maior intento dessa tutela a proteção do interesse privado e financeiro do bem *pertencente* ao indivíduo.

Ainda existente nos dias de hoje, essa modalidade de proteção constitui *técnica mediata* de proteção do meio ambiente, e pode ser vislumbrada no Código Civil Brasileiro, nas normas que regulam o direito de vizinhança.²¹¹

Guilherme José Purvin de Figueiredo deixa claro que a história da colonização brasileira demonstrou que os bens ambientais eram tidos meramente como bens econômicos e que “*as concepções que os índios adotavam acerca da propriedade das florestas e dos recursos naturais teriam sido consideradas irrelevantes para o colonizador europeu*”²¹².

Os portugueses não reconheceram os direitos dos índios sobre as terras já existentes e passaram a explorá-la e dela retirar todos os recursos naturais possíveis sem nenhum tipo de limitação. “*O ano de 1500 marca a um só tempo o início do genocídio dos índios, de uma tradição escravocrata, da má utilização do solo, do desperdício dos recursos naturais e da devastação das florestas e outras formações vegetais próprias do continente*”²¹³.

Ann Helen Wainer esclarece que muitos exemplos dessa primeira fase podem ser encontrados nas Ordenações Portuguesas. Nas Ordenações Afonsinas, identificam-se normas que tipificavam como crime o furto de aves, além da proibição de corte

²¹¹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 90.

²¹² FIGUEIREDO, 2004, p.139.

²¹³ FIGUEIREDO, 2004, p. 146.

desproporcional de árvores frutíferas que seria considerado crime de injúria ao rei. As Ordenações Manuelinas tipificavam com crime a morte de determinados animais e a pena a ser imputada levaria em consideração o tipo de animal e quem teria cometido. Nas Ordenações Filipinas há uma preocupação com a construção de obras públicas em benefício da população e a arborização de terrenos baldios e ermos. A pesca com determinados instrumentos e em certos locais foram proibidas, bem como o ato de jogar material que pudesse sujar as águas dos rios e lagos e atrapalhar a vida dos peixes.²¹⁴

De acordo com Guilherme José Purvin de Figueiredo,

A partir do séc. XVIII a administração florestal do Brasil passa a ser mais atuante na aplicação da legislação madeireira. Seria inadequado usar o termo “ambiental” para tratar dessa legislação pois, efetivamente, a finalidade da lei era evitar o desperdício de madeira destinada, sobretudo, à construção naval, e não à proteção do meio ambiente. Todavia, a falta de técnica florestal e a ineficiência administrativa contribuirão para a devastação inútil da Mata Atlântica. Somente nas áreas de exploração inacessível é que restarão intactas as formações florestais. E, depois de 1810, a Coroa Portuguesa autorizará a exploração das matas pelos ingleses.²¹⁵

Conforme Marcelo Abelha Rodrigues,

Tudo isso, na verdade, corresponde à idéia liberal, individualista e de quase total omissão do Estado frente ao individualismo. Omissão esta que era “justificável” como forma de se assegurar a suposta isonomia entre os cidadãos. Numa sociedade capitalista e liberal, pós-Revolução Industrial, era de se esperar que tais bens (ambientais), embora ontologicamente difusos, viessem tutelados num Código privatista. Outrossim, é nessa atmosfera que se fez a proteção dos referidos componentes.²¹⁶

Paulo de Bessa Antunes explica que o fato de se considerar o conteúdo do Direito Ambiental como dotado de forte conteúdo econômico não pode levar ao equívoco de *“privilegiar a atividade produtiva em detrimento de um padrão de vida mínimo que deve ser assegurado aos seres humanos”*.²¹⁷

²¹⁴ WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. n. 0. p. 158-169. p. 159-162.

²¹⁵ FIGUEIREDO, 2004, p. 153.

²¹⁶ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 91.

²¹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. 940, p. P.

Para Paulo de Bessa Antunes,

A natureza econômica do DA deve ser percebida como o simples fato de que a preservação e sustentabilidade da utilização racional dos recursos ambientais (que também são recursos econômicos, obviamente) deve ser encarada de forma a assegurar um padrão constante de elevação da qualidade de vida dos seres humanos que, sem dúvida alguma, necessitam da utilização dos diversos recursos ambientais para garantia da própria vida. O fator econômico deve ser encarado como desenvolvimento e não como crescimento. O desenvolvimento distingue-se do crescimento na medida em que pressupõe uma harmonia entre os diferentes *elementos constitutivos*. Já o crescimento tem o significado da preponderância e prioridade da acumulação de capital sobre os demais componentes envolvidos no processo. Esta é uma distinção fundamental e que não pode deixar de ser observada pelo jurista²¹⁸. (grifos no original)

Antonio Herman Benjamin enfatiza que,

Nossa civilização ocidental está impregnada do platonismo espiritualizante, que “demonizou” a natureza, relegando-a a uma condição menor, de colônia a conquistar e de depósito inesgotável de bens a explorar. Foi sob essas bases filosóficas que se constituiu a visão equivocada de que o desenvolvimento (melhor, crescimento) econômico só seria viável sobre os escombros dos ecossistemas, uma Natureza carente de direitos e incompetente para gerar deveres. Não espanta, pois, que ao *homo technicus* e ao *homo economicus* a natureza só interesse como objeto apropriável e gerador de riquezas.²¹⁹ (grifos no original)

O Código Civil de 1916 foi concebido sob esta visão essencialmente individualista e privatista e todos os artigos que de alguma forma, mesmo que indireta, aborde a proteção dos bens ambientais, o faz com base em algum direito individual, demonstrando uma função meramente utilitarista ou econômica. Os bens ambientais eram tidos como *res nullius* (coisa sem dono) e, como tal, só mereceriam alguma proteção se ficasse evidenciada uma utilidade prática para tal preservação. A preocupação passava muito longe da manutenção do meio ambiente em si considerados. A questão era pura e simplesmente de manutenção de materiais úteis à prática de alguma atividade econômica, ou para viabilizar alguma direito individual sob a ótica egoística.

Ratifica-se que tais bens, tidos como *nullius*, passavam a ser vistos como algo de valor econômico, e por tal motivo, mereceriam uma tutela. Entretanto, pode-se perceber que, conquanto a tutela de tais bens fosse voltada para uma finalidade utilitarista ou econômica, é inegável que o só fato de receberem uma proteção do legislador já era um sensível sinal de

²¹⁸ ANTUNES, 2005, p. 18.

²¹⁹ BENJAMIN (B), 2001, p. 154.

que o homem passava a perceber que os bens ambientais só passavam a ter valor econômico porque o seu estado de abundância não era eterno ou *ad infinitum*.²²⁰ (grifos no original)

A fase sanitária de proteção dos bens ambientais teve início aproximadamente em 1950 e durou até 1980. Foi influenciada ainda pela manutenção de uma ideologia individualista, egoísta e antropocêntrica, ou seja, o homem continuava a ser o centro de toda e qualquer preocupação a ser tutelada pelo ordenamento jurídico, de forma que o meio ambiente era protegido ainda de forma indireta, tal como na primeira fase. A diferença é em relação ao principal fundamento desta fase, que muda da preocupação com a manutenção dos meios de se implementar as atividades econômicas para a tutela da saúde humana.

O ordenamento jurídico ainda era totalmente orientado por uma míope visão individualista, mas, mesmo assim, se verifica o início do reconhecimento pelo legislador da “*insustentabilidade do ambiente e a sua incapacidade de assimilar a poluição produzida pelas atividades humanas*”.²²¹

A tutela da saúde é o maior exemplo e reconhecimento de que o *homem*, ainda que para tutelar a si mesmo, deveria *repensar* a sua relação com o ambiente que habita. A maior prova disso é que a *fragmentada legislação ambiental*, reconhecia que ou se controlava o impacto ao meio ambiente, ou os resultados de sua atuação desregrada ou econômica seria nefastas à sobrevivência do próprio ser humano.

Enfim, mudou-se o plano de tutela; acordou-se para o problema, mas o paradigma ético-antropocêntrico continuava o mesmo, inalterado e imutável. O homem continuava a assistir ao espetáculo da primeira fila, vendo apenas a si mesmo, sem enxergar os demais personagens e, pior de tudo, sem identificar que o personagem único e principal é o *conjunto de interações* decorrentes da participação de todos os personagens.²²² (grifos no original)

A proteção dos bens ambientais, portanto, nessa fase ocorreria na hipótese de se identificar de modo claro algum benefício direto ao ser humano. Nesse período vierem à lume a Lei de proteção à fauna (Lei 5.197/67), o Código Florestal (Lei 4.771/65), o Código de Mineração (Dec.-lei 227/67), a Lei de Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (Lei 6.453/77), dentre outras.²²³ De qualquer forma, “*até então*

²²⁰ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 93.

²²¹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 94.

²²² ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 94.

²²³ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 95.

ainda não havia, nem em nível constitucional ou infra-constitucional, a proteção genuína, ética, altruística, autônoma e direta do meio ambiente”.²²⁴

Antonio Herman Benjamin esclarece que,

Realmente, a lacuna nas ordens constitucionais anteriores a 1988 não foi sério óbice à regulamentação legal de controle das atividades nocivas ao ambiente, ou, mais comum, aos seus elementos. Faltando uma base incontroversa de apoio na Constituição, o legislador ordinário foi buscar suporte ora na proteção da *saúde* (sob o argumento de que ela não pode ser assegurada em ambiente degradado), ora no regramento da *produção e consumo*.

O Ministro José Celso Mello, escrevendo sob o império da Constituição de 1969, apontava que “A tutela jurídica do meio ambiente decorre da competência legislativa sobre defesa e proteção da saúde”.

Ou seja, *degradação ambiental*, ausente melhor apoio constitucional, seria sinônimo de *degradação sanitária*, ou, pior, mero apêndice do universo maior da produção e do consumo. Uma argumentação de cunho estritamente homocêntrica, com indisfarçável conteúdo economicista e utilitarista.

Naquele período, tal raciocínio vingou e serviu para dar sustentação à intervenção legislativa, recebendo, inclusive, respaldo judicial. Hoje, contudo, num juízo retrospectivo, bem podemos verificar o caráter limitado desse esforço, *eticamente insuficiente e dogmaticamente frágil*.²²⁵ (grifos no original)

A evolução pode então ser sentida na terceira fase, denominada por Marcelo Abelha Rodrigues²²⁶ de “A proteção dos bens ambientais em si mesmo considerados: O Direito Ambiental”, na qual há uma demonstração da mudança do paradigma ético-jurídico e que teve início em 1981 com o advento da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81).

O início, portanto, deu-se com a Lei 6.938/81, mas ainda não se chegou ao seu fim. Tendo em vista o fato de se tratar de uma mudança de comportamento (modo de ser) do indivíduo, fica patente que não é feita por “simples decreto” ou por “mera vontade do legislador”. Na verdade, essa “nova postura” ou “nova mentalidade” de se enxergar o meio ambiente nasceu de um *amadurecimento forçado* do ser humano, que, pela contingência do destino quase irreversível que se aproxima, corre contra o tempo, para evitar que se torne seu próprio algoz.²²⁷ (grifos no original)

²²⁴ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 95.

²²⁵ BENJAMIN, Antonio Herman in “Meio ambiente e Constituição: uma primeira abordagem”. CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL (6.: 2002: SÃO PAULO, SP) ANAIS DO 6º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, DE 03 A 06 DE JUNHO DE 2002: 10 ANOS DA ECO-92: O DIREITO E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. Organizado por Antonio Herman Benjamin. São Paulo: IMESP, 2002. 840p. p. 98-99.

²²⁶ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 96.

²²⁷ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 97.

A 3ª fase foi fruto da forte influência oriunda da Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, em 1972 e, também da experiência legislativa americana “*especialmente pela lei do ar puro, da água limpa e pela criação do estudo de impacto ambiental, todas da década de 70*”²²⁸

Nesse passo, a lei 6.938/81 introduziu um novo tratamento normativo para o meio ambiente. Primeiro porque deixou de lado o tratamento atomizado em prol de uma visão molecular, considerando o entorno como um bem único, imaterial e indivisível, de tutela autônoma (art. 3º, I). O conceito de meio ambiente adotado pelo legislador extirpa a noção antropocêntrica, deslocando para o eixo central de proteção do ambiente *todas as formas de vida*. Adota, pois, inegável concepção *biocêntrica*, a partir da proteção do entorno globalmente considerado (*ecocentrismo*). Há, ratificando, nítida intenção do legislador em colocar a *proteção da vida* no plano primário das normas ambientais. Repita-se, *todas as formas de vida*.²²⁹ (grifos no original)

A grande alteração da terceira fase foi que ela efetivamente passou a dar importância aos bens ambientais por si só e não pelo fato de possuírem algum valor econômico ou por ameaçarem a saúde da população no caso de sua degradação. A preocupação passou a ser com todo o ambiente em que vive o ser humano, na medida em que se entendeu que ele não é algo alheio, mas sim, parte integrante desse todo, e como tal, deve dispensar tratamento “respeitoso”, no sentido de contribuir com a preservação de todas as espécies da fauna e flora, independente da função da cada um.

Essa evolução não fez com que o foco deixasse de ser o humano, mas, apenas ampliou a visão para abranger tudo o que está ao redor e que também deve ser preservado.

Conforme esclarece Antonio Herman Benjamin,

o Direito brasileiro, nos últimos trinta anos, revisitou e modificou profundamente o tratamento dado à natureza. Saímos de uma situação insustentável, onde os elementos do meio ambiente eram coisas e só coisas, vistas isoladamente e condenadas, irrestritamente, à apropriação privada, para uma outra, em melhor sintonia com o pensamento contemporâneo e o estado do conhecimento científico, baseada na valorização não apenas dos fragmentos ou elementos da natureza, mas do *todo* e de suas *relações* recíprocas; um *todo* que deve ser “ecologicamente

²²⁸ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 97.

²²⁹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 98.

equilibrado”, visto, por um lado, como “essencial à sadia qualidade de vida”, e, por outro, como “bem de uso comum do povo”. Numa palavra, o legislador não só *autonomizou* (=deselementalizou) o meio ambiente, como ainda o *descoisificou*, atribuindo-lhe sentido *relacional*, de caráter ecossistêmico e feição intangível. Um avanço verdadeiramente extraordinário.

(...)

O Direito clássico, pós-Revolução Francesa, listava a natureza e seus componentes na categoria de *coisa* ou *bem* (ou, para usar uma expressão econômica da moda, *commodity*), quando não os vendo como simples *res nullius*. Coisa para ser utilizada e, eventualmente, até destruída, ao bel-prazer daquele que contasse com sua posse ou propriedade. Coisa a serviço direto da pessoa – individualmente considerada -, sem outro atributo que não fosse o de se prestar a satisfazer os desejos humanos, mesmo os mais mesquinhos e egoístas.²³⁰

É possível listar os seguintes aspectos determinantes para a compreensão da nova fase: a) novo paradigma ético em relação ao meio ambiente que possui no eixo central a proteção a todas as formas de vida, ou seja, conceito biocêntrico; b) visão holística do meio ambiente, segundo a qual o ser humano deixou estar ao lado do meio ambiente para se inserir no mesmo não podendo ser dissociado; c) implementação de uma norma geral ambiental traçando princípios a serem respeitados; d) estabelecimento de uma política ambiental como programa de respeito e proteção ambiental; e) tentativa de criação de um microssistema de proteção ambiental; f) surgimento de uma política global do meio ambiente em função do advento da Constituição de 1988; g) tendência em associar a expressão “recursos ambientais” à “recursos ecológicos” e de privilegiar a prevenção do dano ou do ilícito²³¹.

b. ANTROPOCENTRISMO PURO, MITIGADO E NÃO-ANTROPOCENTRISMO

A discussão sobre as questões ambientais envolve duas correntes de pensamento que analisam o bem ambiental de forma oposta, dando mais valor ao homem ou ao bem em si considerado. São as correntes denominadas antropocêntrica e não-antropocêntrica.

Há que se entender que o antropocentrismo (puro ou mitigado) e o não-antropocentrismo, na perspectiva do Direito positivo brasileiro, não são exatamente

²³⁰ BENJAMIN (B), 2001, p. 150.

²³¹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 99-104.

estágios de evolução do pensamento ambiental, mas, sim “*modelos (ou paradigmas) éticos*”, de forma que é possível identificar num mesmo período histórico, normas que adotam uma ou outra das duas linhas de pensamento.²³²

De acordo com Antonio Herman Benjamin,

Antropocentrismo “é a crença na existência de uma linha divisória, clara e moralmente relevante, entre a humanidade e o resto da natureza; que o ser humano é a principal ou única fonte de valor e significado no mundo e que a natureza-não-humana aí está com o único propósito de servir aos homens”.²³³

A corrente antropocêntrica pura analisa o meio ambiente à luz dos interesses humanos, de maneira que o separa totalmente o homem do ambiente em que vive. O fato é que se percebe que a tutela jurídica ambiental teve início com abordagens estritamente antropocêntricas.

O antropocentrismo é uma concepção de pensamento advinda do Renascimento²³⁴ que possui como objetivo colocar o homem como o centro das atenções e não mais entidades metafísicas, como ocorria na Idade Média.

O problema da visão antropocêntrica não é nem o fato de que coloca o homem em primeiro lugar, mas sim o fato de que esse primeiro lugar é totalmente destacado do meio ambiente, de maneira que ao homem competiria decidir o que fazer com os recursos ambientais como se existissem apenas para satisfazer suas necessidades

²³² BENJAMIN, (B), 2001, p. 155. Para sustentar tal afirmativa o autor menciona que é possível “*observarmos incursões não-antropocêntricas ainda na década de 30, do século XX, muito antes da era do ambientalismo*”, p. 155. É o caso do Decreto n.º 26.645, de 10.07.34 que estabelece medidas de proteção aos animais e possui “*de evidente (e surpreendente!) orientação biocêntrica, promulgado na mesma década do nosso primeiro Código Florestal, extremamente antropocêntrico*”.

²³³ BENJAMIN (B), 2001, p. 155-156.

²³⁴ Período de ruptura e surgimento de novas formas de pensamento que influenciaram de forma decisiva a produção política. Buscava-se ressuscitar os grandes clássicos da Antiguidade ao mesmo tempo em que se exaltava a novidade. Era uma época de abertura, em que se desejava romper com o paradigma dominante da Idade Média em busca da Modernidade. O traço característico do período pode ser indicado como o humanismo que influencia até mesmo na Idade Moderna. O Renascimento ressuscita a cultura da Antiguidade greco-romana e, além disso, se assiste à produção de um acontecimento que iria transformar radicalmente o Ocidente, qual seja, a descoberta e conquista do Novo Mundo. Nesta época de valorização dos clássicos foi-se buscar o lema do humanismo em Protágoras no fragmento que dizia “O homem é a medida de todas as coisas” (MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia:** dos pré-socráticos a Wittgenstein. 6 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. 298 p., p. 141). Tal lema demonstra a ruptura definitiva com o período medieval no qual a visão era fortemente hierarquizada e a filosofia estava sendo usada pela teologia e aplicada à problemática religiosa. Desta forma, verifica-se nesse período uma forte exaltação do homem considerado em si mesmo com intuito de romper definitivamente com a visão teocêntrica e concepção filosófica-teológica medieval.

básicas momentâneas e não uma função maior para a própria manutenção da vida humana.

A própria análise dos seguidores dessa corrente deu origem a duas outras correntes denominadas antropocentrismo mitigado ou reformado que amenizam o entendimento antropocêntrico para passar a se preocupar com o meio ambiente em função das gerações futuras ou do bem-estar dos animais.

Ninguém duvida que nossas atividades de hoje – esgotamento das reservas de petróleo, destruição das florestas tropicais e dos recursos marinhos, costeiros ou não, contaminação de lençol freático e das águas de superfície, desaparecimento de espécies – repercutirão no futuro, ou seja, no tipo, qualidade, quantidade e acessibilidade dos recursos que as gerações vindouras terão à sua disposição, com isso determinando, portanto, sua estrutura econômica, suas oportunidades recreativas, suas opções ambientais e até suas preferências.

São preocupações dessa ordem que levam a um abrandamento do antropocentrismo tradicional, originando aquilo que chamamos *antropocentrismo mitigado ou reformado*, que ora se curva perante as gerações futuras (=antropocentrismo intergeracional), ora incorpora um sentimento de bondade no relacionamento com os animais, principalmente os domésticos (=antropocentrismo do bem-estar dos animais).²³⁵ (grifos no original)

O antropocentrismo intergeracional (=das gerações futuras) é uma corrente reformada que traz *“uma forma temporalmente ampliada da visão antropocêntrica clássica, já que enfatiza obrigações do presente para com os seres humanos do futuro.”*²³⁶ Antonio Herman Benjamin afirma que *“como fundamento ético para tutela jurídica do meio ambiente, é o paradigma dominante nos principais países.”*²³⁷

Pode-se dizer que a corrente do antropocentrismo intergeracional (das gerações futuras) *“está a meio caminho entre o antropocentrismo radical (o ser humano como centro do universo e senhor de tudo o que nele há) e o não – antropocentrismo (biocentrismo ou ecocentrismo)”*²³⁸, uma vez que passa a se preocupar com a preservação do meio ambiente, mas não pelos bens ambientais propriamente ditos, mas, sim, por uma preocupação com as gerações futuras, de maneira que se passa a envidar esforços para que os seres vindouros possam conhecer os bens

²³⁵ BENJAMIN, (B), 2001, p. 156.

²³⁶ BENJAMIN, (B), 2001, p. 156.

²³⁷ BENJAMIN, (B), 2001, p. 156-157.

²³⁸ BENJAMIN, (B), 2001, p. 157.

ambientais hoje existentes. Mesmo sendo uma corrente que caminha para o não – antropocentrismo, por passar a se tutelar os bens ambientais, ela ainda é essencialmente homocêntrica *“na medida em que orienta a proteção do ambiente em função das necessidades e interesses do ser humano, só que do futuro”*.²³⁹

O antropocentrismo do bem-estar dos animais entende que sem apego ao paradigma homocêntrico puro e sem cair no não-antropocentrismo pode-se proteger a natureza, em especial os animais. Conforme este entendimento, aceita-se *“de uma maneira geral e conforme as circunstâncias, a possibilidade de eliminação de animais, desde que estes sejam tratados da forma mais humana possível.”*²⁴⁰ Desta forma, os interesses animais não poderiam ser opostos *“em função de benefícios de vulto para os seres humanos”*²⁴¹.

As correntes do Bem-Estar dos Animais *“aceitam que os animais, apesar de dotados de sensibilidade e percepção, não merecem o respeito e consideração que oferecemos aos seres humanos; são objeto e, por isso mesmo, passíveis de dominialidade privada.”*²⁴²

Por corrente do não-antropocentrismo deve-se entender:

uma visão do mundo informada por um modelo ecológico de interrelacionamento interno, um rico sistema de circulação permanente entre o “eu” e o mundo exterior, e que advoga ser a natureza mais complexa do que a conhecemos e, possivelmente, mais complexa do que poderemos saber (Teoria do Caos).²⁴³

As correntes não-antropocêntricas (biocentrismo, ecocentrismo, holismo) são aquelas que apontam as doutrinas antropocêntricas, pura ou mitigada, como insuficientes, pois esse modo de olhar apenas para o homem não resolve os problemas que ele criou para si próprio. O não antropocentrismo entende que o homem não deve ser visto como algo externo à natureza, mas, sim como parte integrante dela.

²³⁹ BENJAMIN, (B), 2001, p. 156-157.

²⁴⁰ BENJAMIN, (B), 2001, p. 160.

²⁴¹ BENJAMIN, (B), 2001, p. 160.

²⁴² BENJAMIN, (B), 2001, p. 160.

²⁴³ BENJAMIN, (B), 2001, p. 160.

A principal conseqüência da adoção do pensamento não – antropocêntrico seria um modelo técnico – jurídico muito mais protetório da Terra e dos seus múltiplos sistemas.

As correntes que rejeitam o antropocentrismo não são misantrópicas, isto é, anti-homem. O que elas combatem é o chauvinismo humano, a ficção insistente – negada pela Ciência – de enxergar os seres humanos como entidades apartadas da natureza. Esta e aqueles podem viver e prosperar.²⁴⁴

Para Marcelo Abelha Rodrigues,

Ao adotar a visão biocêntrica/ecocêntrica (teleológica e ontológica), o legislador distanciou-se da idéia antiquada de considerar o homem como algo distinto do meio em que vive. A aposentada e deturpada visão antropocêntrica, fruto de um liberalismo econômico exagerado e selvagem, não há mais como prevalecer num mundo em que se enxerga que o bem ambiental de hoje pertence às futuras gerações.²⁴⁵

A visão biocêntrica/ecocêntrica muda o ângulo de análise de forma parcial, eis que o homem continua sendo o centro, mas, agora, incluído no meio ambiente, de maneira que não se pode levar em consideração puramente os seus anseios pessoais sem analisar a conseqüência que gerará para o meio ambiente, ou seja, a alteração da visão foi muito mais profunda, eis que colocou o homem em seu devido lugar, qual seja, membro do ambiente que vive e, como tal, responsável pela preservação dos recursos naturais.

Para Paulo de Bessa Antunes,

A questão que se coloca, contudo, é a de não confundir a pretensa superação do antropocentrismo com uma modalidade de irracionalismo, muito em voga atualmente, que, colocando em pé de igualdade o Homem e os demais seres vivos, de fato, rebaixa o valor da vida humana e transforma-a em algo sem valor em si próprio, em perigoso movimento de relativização de valores. O que o DA busca é o reconhecimento do Ser Humano com parte integrante da Natureza. Reconhece, também, como é evidente, que a ação do Homem é, fundamentalmente, modificadora da Natureza, culturalizando-a. O DA estabelece a *normatividade* da harmonização entre todos os componentes do mundo natural *culturalizado*, no qual, a todas as luzes, o Ser Humano desempenha o papel essencial.²⁴⁶

A visão antropocêntrica está intrinsecamente ligada ao liberalismo econômico, daí a preocupação exaustiva com o homem em detrimento da natureza, enquanto que a

²⁴⁴ BENJAMIN, (B), 2001, p. 161-162.

²⁴⁵ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 65-66.

²⁴⁶ ANTUNES, 2005, p. 20.

visão não-antropocêntrica (biocêntrica ou ecocêntrica) se desligou do liberalismo para mirar nos interesses do Estado Social²⁴⁷.

A concepção biocêntrica do meio ambiente é a única forma do homem preservar a si mesmo. Não se trata aqui de condenar o antropocentrismo, a menos que seja concebido como sendo uma “posição de menosprezo e diminuição das demais formas de vida em relação ao homem, que sobre elas teria o poder de vida e de morte”. Esse tipo de concepção é que não se poderia admitir. Entretanto, essa não é a visão adequada do antropocentrismo, porque estava fundamentalmente marcada por uma ideologia liberalista, individual e econômica, que tinha como interesse-maior em considerar o meio ambiente como simples riqueza (matéria-prima) inesgotável, como se fosse *res nullius*. A transformação do mundo liberal para social, o aumento da densidade populacional, a destruição de riquezas pelo homem, a poluição desenfreada no desenvolvimento dos ideais liberais fizeram com que o mundo ligasse o alarme e percebesse que os referidos bens ameaçam se esgotar e que, por isso, têm que ser preservados para que se possa garantir a sobrevivência de todas as espécies. O antigo bem que era *res nullius* hoje é indiscutivelmente *res omnium* (coisa de todos – bem de uso comum).

A colocação do homem como personagem central na conceituação ecocêntrica e biocêntrica é, inclusive, a única forma de se chegar à manutenção do equilíbrio dos ecossistemas. Não se trata de dissociar o homem da natureza como se fazia no pensamento liberal individualista. Colocar o ser humano no papel central do biocentrismo não significa, jamais, retirá-lo do ecossistema do qual participa e integra. Aliás, foi justamente essa visão de destaque, isolada, como algo externo ao meio ambiente, que fez com que chegássemos a esse estado de absoluta destruição dos bens ambientais.²⁴⁸

O importante é ter em mente que o homem foi e continua sendo o centro para as duas concepções. A diferença é o comportamento que deve ter em relação ao meio em que vive. Para a visão antropocêntrica, o homem não deveria se preocupar muito com a preservação, eis que os recursos lá estavam para a satisfação de suas necessidades. Já a visão biocêntrica entende que realmente os recursos existem para a satisfação das necessidades humanas, mas não só única e exclusivamente para isso, mas também para um benefício maior de melhorar a própria qualidade de vida, ou seja, uma satisfação não tão imediata e que teria mais relação com o pensar no futuro.

O reconhecimento de direitos que não estejam diretamente vinculados à pessoa humana é um aspecto de grande importância para que se possa medir o real grau de compromisso entre o homem e o mundo que o cerca, do qual ele é parte integrante e, sem o qual, não logrará sobreviver. A atitude de respeito e proteção às demais formas de vida ou aos sítios que as abrigam é uma prova de compromisso do ser humano com a própria raça e, portanto consigo mesmo. O reconhecimento do *diferente* e dos direitos

²⁴⁷ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 66.

²⁴⁸ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 66.

equânimes que este deve ter é um relevante fator para assegurar uma existência mais digna para todos os seres vivos, especialmente para os humanos.²⁴⁹

Mesmo na hipótese de se entender que os recursos naturais serviriam apenas para atender as necessidades humanas, eles deveriam ser preservados, pois elas sempre aumentam e se os recursos acabassem, uma hora elas deixariam de ser atendidas. De qualquer maneira, há necessidade de ser preservar o meio ambiente é patente, tanto para quem analisa o problema de uma forma ampla como para quem analisa sob a ótica ultrapassada do liberalismo econômico.

Deve-se ressaltar ainda o fato de que aquela visão deturpada de antropocentrismo, em que o homem seria algo externo à natureza, não mais existe, vindo corroborar o exposto o texto do art. 225 da CF/88, ao considerar o *meio ambiente ecologicamente equilibrado* como um *direito* do presente (uso comum do povo) e do *futuro* (futuras gerações). Ora, só haverá a possibilidade de preservar e proteger para as futuras gerações se e somente se o papel do ser humano for o de lutar pela sua preservação, pois caso contrário, permanecendo inerte ou em contínua destruição do meio, terá, em pouco tempo, assassinado a si próprio. Foram os portugueses os primeiros a comentar sobre a visão antropocêntrica do meio ambiente.

Entretanto essa visão, como expunham os autores citados, não deve ser vista como sendo um direito egoísta do homem. Pelo contrário, cabe ao homem tutelar o meio ambiente mantendo o equilíbrio ecológico, porque este é essencial à sadia qualidade de vida. A proteção dos bens ambientais visa justamente à manutenção deste equilíbrio. Num estado que preza o princípio da dignidade da pessoa humana não se podem admitir práticas cruéis contra bens ambientais que componham a biota (fauna e flora). Como seres vivos essenciais à vida do homem, porque responsáveis pelo equilíbrio ecológico, a sua proteção é imperativa, inclusive, como se disse, para a sobrevivência do ser humano, que é integrante do ecossistema. As vedações à prática de atos cruéis aos animais e vegetais decorrem do fato de que não se pode admitir a prática de atos indignos contra qualquer ser vivo. Assim, além do conceito biocêntrico/ecocêntrico da lei 6.938/81, também por imperativo constitucional dos arts. 225, §1º, VII c/c art. 1º, III não se pode admitir como lícita qualquer prática cruel e ofensiva que não seja necessária contra os animais, como por exemplo a caça recreativa de animais silvestres.²⁵⁰ (grifos no original)

Antônio Herman Benjanim conclui que “*O paradigma atualmente predominante é o do antropocentrismo intergeracional, com crescentes bolsões de não-antropocentrismo, aqui e aí*”.²⁵¹

O Direito defronta-se com uma nova realidade onde sua atuação decorre não de uma exigência do sujeito, mas de uma revolta do objeto. Fica claro

²⁴⁹ ANTUNES, 2005, P. 22.

²⁵⁰ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 67.

²⁵¹ BENJAMIN (B), 2001, p. 163.

assim, que a natureza não pode se adequar às leis criadas pelo homem, muito ao contrário, o direito deve ser formulado respeitando as características, peculiaridades e indicadores naturais, submetendo as atividades econômicas às exigências naturais.²⁵²

c. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO MEIO AMBIENTE

Os direitos vêm se ampliando a cada dia que passa em função de diversos fatores sociais, dentre outros. O que se percebe hodiernamente, é que as pessoas estão valorizando as questões que melhoram a qualidade de vida e não há como se falar em tal melhora sem se pensar na preservação do meio ambiente, não apenas estrito sensu, mas numa dimensão ampla. Daí se falar nos direitos coletivos, cujos sujeitos são indeterminados, mas que possuem objeto concreto, o de, no caso do Direito Ambiental, propiciar condições mais saudáveis de vida aos habitantes do planeta enfatizando-o como direito fundamental, conforme reconhecimento da Carta Magna Brasileira de 1988 que no caput do artigo 225 estabelece que,

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.

Para ser mais evidente do que um princípio, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi efetivamente positivado pela Constituição como direito fundamental de 3ª geração.

Pelo princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, Edis Milaré enfatiza se tratar de *“um novo direito fundamental da pessoa humana, direcionado ao desfrute de condições de vida adequada em um ambiente saudável ou, na dicção da lei, “ecologicamente equilibrado”*²⁵³.

²⁵² SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A servidão ambiental florestal como instrumento de proteção continental do meio ambiente. Disponível em www.oab.org/comissoes/coda/files/artigos{05449877-7D8B-4134-A3D5-DBE9A3BB8C99}_servidaoambiental.pdf. Acesso em 20.01.2006.

²⁵³ MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: um direito adulto. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. V. 15. n. p. 34-55, p. 38.

Conforme Antonio A. Cançado Trindade (Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993, p. 76), citado por Edis Milaré:

O reconhecimento do direito a um ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física da saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade-de-vida –, que faz com que valha a pena viver. (...)

Deveras, o “caráter fundamental do direito à vida torna inadequados enfoques restritos do mesmo em nossos dias; sob o direito à vida, em seus sentidos próprio e moderno, não só se mantém a proteção contra qualquer privação arbitrária da vida, mas além disso encontram-se os Estados no dever de buscar diretrizes destinadas a assegurar o acesso aos meios de sobrevivência a todos os indivíduos e todos os povos. Neste propósito, têm os Estados a obrigação de evitar riscos ambientais sérios à vida”.²⁵⁴

A importância dos princípios para o Direito, de uma forma geral, tem aumentado nos últimos tempos, em função da percepção de que o engessamento do ordenamento jurídico não é benéfico para a solução dos problemas da vida e que o fenômeno da codificação ficou relegado ao passado, eis que baseado em premissas que não mais se sustentam.

Já é possível estabelecer um conjunto de peculiaridades e princípios (p.ex., a ênfase preventiva, a vocação redistributiva, a primazia dos interesses comunitários a rejeição dos direitos adquiridos, a obrigação jurídica de levar em conta a proteção ambiental), assim como de normas, tanto em âmbito internacional como nacional que possibilitam considerar o Direito do Ambiente um “Direito Adulto”.

Esses princípios e normas buscam facilitar um relacionamento harmonioso e equilibrado entre o homem e a natureza, regulando, como se disse, toda atividade que, direta ou indiretamente, possa afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global (ambiente natural e artificial). Para a consecução desse desiderato é evidente que, a par de suas normas de caráter essencialmente preventivo, conta também com regras de cunho sancionador aplicáveis contra qualquer lesão ou ameaça a direito. Por derradeiro, a missão do Direito Ambiental é conservar a vitalidade, a diversidade e a capacidade de suporte do planeta Terra, para usufruto das presentes e futuras gerações.²⁵⁵

Nesse plano, o direito ambiental surge, também, pautado em princípios que são essenciais para se entender a nova forma de pensar o direito e, principalmente, a nova forma de se lidar com os bens ambientais. Uma nova lógica baseada não mais simplesmente no antropocentrismo, entendido este como sendo a forma de se

²⁵⁴ MILARÉ, p. 38-39.

²⁵⁵ MILARÉ, p. 36-37.

utilizar os recursos ambientais de acordo com o entendimento humano, sem se importar com o meio ambiente em si. A nova lógica estabelece que se pode sim utilizar os bens ambientais, mas desde que sua preservação esteja garantida.

Com efeito, o direito ambiental hoje é totalmente aceito como uma nova faceta do direito, mas uma faceta que se espraia pelos clássicos ramos do direito. Para que essa associação seja feita com a eficiência necessária a uma mudança de visão sobre o direito e sobre a forma de se resolver os problemas da vida, se faz necessário entender a base dessa nova forma de pensar, e, isso, se faz, essencialmente, analisando-se os princípios que informam o Direito Ambiental.

A classificação de tais princípios não é exata, de forma que a enumeração varia de acordo com cada doutrinador. Para tanto, partiremos para essa análise com base na classificação adotada por Marcelo Abelha Rodrigues que entende serem princípios diretores do Direito Ambiental os seguintes “*ubiqüidade; desenvolvimento sustentável; poluidor e usuário-pagador e participação*”²⁵⁶. Estes seriam os princípios diretores que dariam origem a vários subprincípios “*precaução, prevenção, correção da poluição na fonte, intervenção estatal, função social da propriedade, solidariedade, globalidade, educação ambiental e informação ambiental, multidisciplinariedade, etc*”²⁵⁷.

i. Ubiqüidade

De acordo com o Dicionário Etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa, de Antônio Geraldo da Cunha, ubíquo é aquilo “*que está ao mesmo tempo em toda a parte (...) por toda parte, em qualquer lugar*”²⁵⁸. Tal palavra tem o significado representativo do que se pode entender por meio ambiente, ou seja, aquilo que está ao mesmo tempo em toda parte, em qualquer lugar, dando uma idéia de onipresença e de existência autônoma e independente.

²⁵⁶ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 168.

²⁵⁷ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 168.

²⁵⁸ CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. Et al. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 839 p. p. 800.

Tal princípio do direito ambiental tem por objetivo enfatizar o fato de que as limitações geográficas não devem ser levadas em consideração de forma muito rígida para fins ambientais, uma vez que um bem ambiental não fica adstrito a preocupações das populações vizinhas, de forma que cidadãos que passam por uma determinada localidade pouquíssimas vezes ou que até mesmo nunca passaram por um dado local podem ter interesse em proteger um certo espaço ambiental, tendo em vista que a retirada de certas vegetações, o desvio do curso de rios, a extinção de animais não repercute apenas no território em que vivem, mas em todo o meio ambiente em função do desequilíbrio causado. Isso porque *“A poluição é transfronteiriça e o dano que se pratica lá afeta a vida daqui também.”*²⁵⁹

Os bens ambientais naturais colocam-se numa posição soberana a qualquer limitação espacial ou geográfica. Por isso, dado o caráter onipresente dos bens ambientais, o princípio da ubiqüidade exige que em matéria de meio ambiente exista uma estreita relação de cooperação entre os povos, fazendo com que se estabeleça uma *política mundial* ou *global* para sua proteção e preservação. Tais políticas devem acompanhar o caráter onipresente da “natureza” e estabelecer regras menos preocupadas com a soberania nacional e mais vinculadas à uma cooperação internacional.²⁶⁰ (grifos no original).

A importância de tal princípio é que as questões ambientais não devem ser tratadas como questões exclusivas de cada Estado-Nação, mas sim, como problemas supranacionais que demandam um “diálogo” estreito e contínuo sobre a melhor forma de se proteger os bens ambientais e tratar os problemas. Os problemas ambientais não podem ser analisados sob a ótica “individualista” pelos Estados, como se fossem problemas internos que não repercutem em nenhuma outra área externa ao seu território. É claro que não se pode defender que os Estados passem a ignorar as questões de soberania, mas sim, que passem a buscar formas de cooperação e que, acima de tudo, os problemas ambientais não sejam omitidos para o resto do mundo.

Edis Milaré reforça tal entendimento com a seguinte observação,

Uma das áreas de interdependência entre as nações é a relacionada à proteção do ambiente, uma vez que as agressões a ele infligidas nem sempre se circunscrevem aos limites territoriais de um único país, espalhando-se também, não raramente a outros vizinhos (...) ou ao ambiente global do planeta. (...) O meio ambiente não conhece fronteiras, embora a gestão de recursos naturais possa –e, às vezes, deva – ser objeto de tratados e acordos bilaterais e multilaterais.

²⁵⁹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 169.

²⁶⁰ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 169.

É o que se convencionou chamar, na lapidar expressão de Álvaro Mirra, de “dimensão transfronteiriça e global das atividades degradadoras exercidas no âmbito das jurisdições nacionais.

(...)

Releva observar, neste passo, que a implementação do princípio não importa em renúncia à soberania do Estado ou à autodeterminação dos povos, em alinhamento, aliás, com o disposto no Princípio 2 da Declaração do Rio, segundo o qual os *Estados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios da lei internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e a responsabilidade de velar para que as atividades realizadas dentro de sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional.*²⁶¹ (grifos no original).

Sobre este aspecto, também é importante o apontamento de José Rubens Morato Leite,

A cooperação deve ser entendida como política solidária dos Estados, tendo em mente a necessidade intergeracional de proteção ambiental. Por isso, importa uma soberania menos egoísta dos Estados e mais solidária no aspecto ambiental, com a incorporação de sistemas mais efetivos de cooperação entre Estados, em face das exigências de preservação ambiental. Implica uma política mínima de cooperação solidária entre Estados em busca de combater efeitos devastadores da degradação ambiental. A cooperação pressupõe ajuda, acordo, troca de informações e transigência no que toca a um objetivo macro de toda coletividade. Mais do que isto, aponta para uma atmosfera política democrática entre os Estados, visando a um combate eficaz à crise ambiental global. Na verdade, a crise ambiental tenderá a exigir uma cooperação compulsiva entre os Estados, em sua ação multilateral.²⁶²

Outro enfoque sobre o princípio da ubiqüidade pode ser acrescentado,

Mas não é esta a única face deste princípio, já que dado o fato de que a tutela ambiental tem como objeto de proteção a *qualidade de vida*, então a sua onipresença e a sua horizontalidade fazem com que, regra geral, todo e qualquer direito subjetivo, principalmente os de natureza privada, devam obediência aos postulados do Direito Ambiental. Assim, faz-se necessário que todo e qualquer empreendimento ou atividade, utilização da propriedade e o exercício das liberdades individuais, *tout court*, devam, primeiro, e antes de tudo, consultar as limitações e regras inibitórias ditadas pelo Direito Ambiental, já que *é dever da coletividade e do Poder Público proteger e preservar o equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações* (Art. 225 da CF/88)²⁶³. (grifos no original)

O princípio da ubiqüidade demanda, também, que todos os “ramos do direito” passem por uma “atualização”, ou seja, que passem a ser analisados e exercidos

²⁶¹ MILARÉ, p. 49-50.

²⁶² LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 344p. p. 54-55.

²⁶³ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 169.

com a preocupação de estar atendendo aos anseios de preservação ambiental. Isso porque, o direito ambiental não fica enclausurado em si mesmo, ele repercute em todos os demais setores, de forma a causar uma verdadeira revolução na forma de exercício de direito já consagrados, tais como o direito de propriedade privada.

Conforme Ramón Marin Mateo,

Algunos de los derechos que las Constituciones recogen van dirigidos a un colectivo más o menos amplio de sujetos: los minusválidos, los trabajadores, o a un sector de competencias públicas, hacendísticas, educativas, etc. Los de carácter fundamental tienen un espectro de incidencia general y amplio, en cuanto que implican la vida, la libertad, la dignidad humana, pero en la práctica su incidencia es escasa y episódica. En condiciones normales y en un marco de libertades democráticas reales son contadas las Administraciones implicadas y excepcionales los ciudadanos que se sienten lesionados en sus derechos básicos.

Con el Derecho Ambiental es diferente, todos los sujetos, en cuanto usuarios normales de la energía por ejemplo o productores cotidianamente de residuos, son agentes contaminantes y víctimas a la par de la contaminación globalmente producida. Prácticamente todas las autoridades públicas encuentran sus competencias implicada en la defensa del *medio*, lo que ha hecho inevitable el adaptar estrategias que sustituyan el enfoque sectorial y vertical precedente, por el general y horizontal que hoy es inevitablemente dominante. Todo esto no cabe en un artículo de la Constitución ni casa con los presupuestos clásicos del constitucionalismo, es otro enfoque que no estamos por cierto en condiciones de recibir.²⁶⁴ (grifos no original)

Tal princípio tem o intuito de enfatizar que assim como o meio ambiente não permanece aprisionado a limites territoriais, o direito ambiental também não se circunscreve a um “ramo do direito”, mas, caminha por todas as áreas renovando uma visão já ultrapassada.

ii. Desenvolvimento Sustentável

O conceito de desenvolvimento sustentável, de acordo com entendimento de Cristiane Derani, “foi divulgado primeiramente como um princípio diretor para o planejamento do desenvolvimento econômico pela WCED (World Commission on Environment and Development), em documento sobre estratégias do desenvolvimento em 1987”. Pelo teor de tal documento se entenderia que o desenvolvimento é tido como sustentável “quando satisfaz as necessidades

²⁶⁴ MATEO, Ramón Martin. **Manual de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, 1995. 309 p. P. 39.

*presentes sem comprometer a habilidade das futuras gerações em satisfazer suas próprias necessidades.”*²⁶⁵

Para Marcelo Abelha Rodrigues²⁶⁶, a idéia de desenvolvimento sustentável surgiu antes mesmo do evento em Estocolmo, efetivamente nas reuniões preparatórias para tal Conferência, momento em que foram formados dois blocos antagônicos (países desenvolvidos x subdesenvolvidos), que divergiam sobre as razões dos desastres ecológicos e imputavam a culpa uns nos outros.

O fato é que, pelo princípio do desenvolvimento sustentável, se tentou unificar economia e ecologia demonstrando que como as duas trabalham como os mesmos materiais, não seria possível manter as atividades de forma isolada, sem uma comunicação entre elas. Isso porque de nada adiantaria aos diversos setores da economia fazer uso de toda matéria-prima disponível na natureza, sem nenhuma preocupação com a preservação e depois deixar de produzir por ter ocasionado o fim dos próprios meios de geração de riquezas. Fugindo das regras impostas pela natureza, o homem seria facilmente comparado a *“uma peste que dizima para futuramente ser dizimado; tal como o parasita que morre depois de matar o último hospedeiro”*.²⁶⁷

Conforme Edis Milaré, o princípio do desenvolvimento sustentável pode ser incluído no rol de esforços, que foram envidados com o intuito de se eliminar a falsa antinomia entre proteção ao meio ambiente e crescimento econômico.

²⁶⁵ DERANI, 2001, p. 130.

²⁶⁶ Conforme Abelha Rodrigues (2005, p. 118-121), tal expressão surgiu de discussões que antecederam a Conferência de Estocolmo, num momento em que dois blocos foram formados para identificar as causas dos desastres ecológicos e um grupo formado por cientistas dos países desenvolvidos entendeu que os fatores determinantes para o desequilíbrio dos ecossistemas foram explosão populacional e a pressão demográfica. A saída apresentada seria frear o crescimento dos países em desenvolvimento. O outro grupo formado por esses países discordou do entendimento, alegando que os países desenvolvidos foram os grandes causadores dos desastres ecológicos e que, agora, queriam impedir o desenvolvimento dos outros países. Em decorrência dessa discussão, foi elaborado o conceito de desenvolvimento sustentável. *“O conteúdo da discussão era, obviamente, o subdesenvolvimento que se estaria impondo aos países em desenvolvimento e os problemas relacionados com a poluição causada pelos países desenvolvidos. O resultado dessa reunião foi a importantíssima ruptura do dogma até então existente de que economia e ecologia seria figuras antagônicas, qual seja, de que o custo do desenvolvimento deveria recair sobre o meio ambiente, sendo impossível ter as duas coisas. Nesse passo, desenvolveu-se a idéia de ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável.”*

²⁶⁷ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 88.

A exploração desastrada do ecossistema planetário, de um lado, e a ampliação da consciência ecológica e dos níveis de conhecimento científico, de outro, produziram mudanças de natureza técnica e comportamental que, embora ainda tímidas, vêm concorrendo para superar a falsa antinomia “proteção ao meio ambiente x crescimento econômico”. Na realidade, começou-se a trabalhar melhor o conceito de *desenvolvimento*, que transcende o de simples crescimento econômico, de modo que a verdadeira alternativa excludente está entre desenvolvimento harmonizado e mero crescimento econômico.²⁶⁸

A ressalva para o entendimento do que se entende por desenvolvimento sustentável é que ele só pode ser aplicado àqueles recursos renováveis, de forma que se os recursos não forem renováveis não será possível adotar tal princípio, pelo simples fato de que o uso poderá levar ao fim do bem ambiental. Para tais casos, então, a saída adotada será não implementar a atividade econômica almejada.²⁶⁹

Tal observação sobre a aplicação apenas aos bens renováveis é feita por Marcelo Abelha Rodrigues e também por com Cristiane Derani, conforme se lê a seguir.

Aqui está ínsita a seguinte norma de conduta: modificar a natureza através de sua apropriação ou através de emissões, somente quando for para a manutenção da vida humana ou para proteção de outro valor básico, ou quando for justificada a capacidade de se apropriar dos meios sem danificar a sua reprodução. Donde se conclui que a sustentabilidade é um princípio válido para todos os recursos renováveis. Para com recursos não renováveis ou para atividades capazes de produzir danos irreversíveis este princípio não se aplica.(...)

Desenvolvimento sustentável implica, então, no ideal de um desenvolvimento harmônico da econômica e ecologia que devem ser ajustados numa correlação de valores onde o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico. Na tentativa de conciliar a limitação dos recursos naturais com o ilimitado crescimento econômico, são condicionadas à consecução do desenvolvimento sustentável mudanças no *estado da técnica* e na *organização social*.²⁷⁰

Para Ramón Martín Mateo,

La idea del Desarrollo Sostenible ha irrumpido con fuerza en nuestra sociedad aunque desgraciadamente todavía no ha dado de sí, prácticamente, casi nada y sus virtualidades, pero es difícil que la humanidad pueda transitar hacia el futuro sin que este proyectos e realice, siquiera sea paulatinamente.²⁷¹

²⁶⁸ MILARÉ, p. 47.

²⁶⁹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 172.

²⁷⁰ DERANI, 2001, p. 131-132.

²⁷¹ MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, 1995. 309 p, p. 41.

Paulo Affonso Leme Machado, observa que o princípio do desenvolvimento sustentável deve ser implementado, mesmo que resulte na impossibilidade de acesso do homem a determinadas áreas se isso for necessário para preservar espécies da fauna ou da flora, ressaltando que por mais importante que seja o homem e por mais que ele tenha poder de decidir sobre os rumos do meio ambiente, a sustentabilidade deve ser adotada em primeiro lugar.

O homem não é a única preocupação do desenvolvimento sustentável. A preocupação com a natureza deve também integrar o desenvolvimento sustentável. Nem sempre o homem há de ocupar o centro da política ambiental, ainda que comumente ele busque um lugar prioritário. Haverá casos em que para se conservar a vida humana ou para colocar em prática a “harmonia com a natureza” será preciso conservar a vida dos animais e das plantas em áreas declaradas inacessíveis ao próprio homem. Parece paradoxal chegar-se a essa solução do impedimento do acesso humano, que, a final de contas, deve ser decidida pelo próprio homem.²⁷²

O problema relativo ao desenvolvimento sustentável está totalmente atrelado aos exageros do consumismo capitalista, onde *“O que preocupa, e ao mesmo tempo constitui aberração do desenvolvimento harmonioso, é o culto ao consumismo e a criação de necessidades desnecessárias, impingidos por um marketing distorcido”*²⁷³

Há necessidade de uma alteração dos padrões de consumo e dos modelos de produção *“através do emprego de tecnologias limpas, que implicam num menor consumo de matéria-prima e energia e, conseqüentemente em menor número de resíduos com maior capacidade de reaproveitamento ou disposição final dos mesmos”*²⁷⁴.

É possível se afirmar que não é somente o desenvolvimento não sustentável que viabiliza a degradação do meio ambiente, mas também o consumo não sustentável, que desencadeia um novo processo de lesões ambientais. O desenvolvimento sustentável somente será alcançado através de uma intensa mudança nos processos produtivos; através do desenvolvimento de novas tecnologias que respeitem o meio ambiente e através do controle do consumo desenfreado mediante a conscientização dos consumidores e do desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao gerenciamento adequado dos resíduos sólidos em geral.²⁷⁵

²⁷² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores. 2005, 1092 p. p. 56.

²⁷³ DIAFÉRIA, Adriana. O desenvolvimento sustentável e o controle dos poluentes orgânicos persistentes – POP's. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo. Ano I, vol. 06, abril/2001, 845p. 739-754. P. 742.

²⁷⁴ DIAFÉRIA, 2001, P.742.

²⁷⁵ DIAFÉRIA, 2001, P. 743.

iii. Participação

Para Paulo Bonavides “*Não há democracia sem participação*”²⁷⁶. O referido autor sustenta que um dos fatores mais importantes da democracia é a possibilidade dos cidadãos participarem efetivamente das decisões políticas e que tal prática deve se tornar cada vez mais constante para que as medidas tomadas sejam também legítimas.²⁷⁷

A idéia da participação é exatamente a de não se deixar todas as atribuições única e exclusivamente com o Estado como se os cidadãos não mais tivessem com o que se preocupar já que cumpriram seu dever cívico de eleger representantes para pensar na manutenção da coisa pública. A participação aparece como um meio do cidadão demonstrar que a escolha de representantes não acaba com sua responsabilidade, uma vez que ela deve ser permanente, ou seja, o cidadão deve estar sempre pensando no que pode ser feito para melhorar a prestação dos serviços estatais e também para poder fiscalizar e cobrar medidas efetivas.

Conforme Ramón Martín Mateo:

La participación es un fenómeno recibido por el Derecho, pero que proviene del campo de la sociología política. Se dan estas circunstancias, indirectamente, cuando los sujetos cuyas conductas deberían ser ahorradas por los poderes públicos, facilita no hacen innecesaria su mediatización por su voluntaria aceptación de los valores que las normas realizan y que ellos mismos además han contribuido a positivizar, al presionar en este sentido políticamente sobre los legisladores. Por supuesto que aquí encajan también todos los supuestos de colaboración directa y voluntaria con la Administración por parte de grupos o sujetos motivados en sentido por la tutela ambiental.²⁷⁸

²⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 392p. p. 51.

²⁷⁷ BONAVIDES (C), 2003, p. 140. Sustenta o autor que “uma das colunas da democracia constitucional, é o povo investido diretamente no exercício da soberania (...); o povo fazendo as suas leis, tomando as suas decisões; o povo, enfim, senhor do seu próprio destino, sem intérpretes, sem representantes, sem intermediários, colocado naquela faixa onde a Constituição lhe concedeu um espaço de soberania”. Para um aprofundamento sobre a democracia participativa e a crescente necessidade de participação intensa dos cidadãos ver BONAVIDES.

²⁷⁸ MATEO, 1995, p. 56.

A idéia da participação mais intensa dos cidadãos vem tomando força nos últimos tempos, em função de uma mudança de consciência, da necessidade de cuidar melhor da coisa pública e do fato de que os representantes eleitos não atendem todos os anseios do povo.

Conforme Paulo Affonso Leme Machado,

A participação popular visando à conservação do meio ambiente, insere-se num quadro mais amplo da participação diante dos interesses difusos e coletivos da sociedade. É uma das notas características da segunda metade do século XX.

O voto popular em escrutínio secreto, passou a não satisfazer totalmente o eleitor. A ausência de um conjunto de obrigações dos eleitos, previamente fixadas, tem levado as cidadãs e os cidadãos a pleitear uma participação contínua e mais próxima dos órgãos de decisão em matéria de meio ambiente.²⁷⁹

Esse movimento de maior participação popular encontra um abrigo perfeito no Direito Ambiental por se tratar de bens difusos que não pertencem a ninguém em especial e a todos ao mesmo tempo²⁸⁰, ou seja, a necessidade de fiscalizar os bens ambientais e de influenciar na implementação de novas políticas públicas fez com que os cidadãos passassem a se interessar mais pelo assunto para poder interferir de maneira direta e com possibilidade de ser ouvido. Para tanto, a participação não pode ser feita de maneira irresponsável, há que se aliar informação e educação. “*A participação sem informação adequada não é credível nem eficaz, mas um mero ritual.*”²⁸¹

Cristiane Derani observa que,

O princípio da cooperação informa uma atuação conjunta do Estado e sociedade, na escolha de prioridades e nos processos decisórios. Ele está na base dos instrumentos normativos criados com objetivos de aumento da informação e de ampliação de participação nos processos de decisões da política ambiental, bem como de estabilidade no relacionamento entre liberdade individual e necessidade social. Uma ampla informação e esclarecimento dos cidadãos bem como um trabalho conjunto entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústria, comércio e agricultura é

²⁷⁹ MACHADO, 2005, p. 88.

²⁸⁰ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 194, observa que “*Se lembrarmos que o meio ambiente constitui um direito difuso, portanto de titularidade indeterminável, essa tônica participativa ganha enorme incremento, no exato sentido de que a participação torna-se mais do que legítima, posto que é o titular cuidando de seu próprio direito.*”

²⁸¹ LEITE, 2000, p. 40

fundamental para o desenvolvimento de políticas ambientais efetivas e para a otimização da concretização de normas voltadas à proteção do meio ambiente.²⁸²

A importância de tal princípio é que ele não possui objetivo imediato, mas sim, mediato, crescente, na medida em que almeja mudar a percepção das pessoas sobre os problemas ambientais, dando-lhes informação e educação para que seja formada a consciência ambiental e, a partir de então, se possa efetivamente participar do problema como ator principal e não mero espectador.

Para Marcelo Abelha Rodrigues,

A educação ambiental é mais um meio para se obter a consciência ecológica e um novo paradigma ético do homem em relação ao meio ambiente. Sem dúvida que o encontro desse novo paradigma ético do ser humano em relação ao meio ambiente culminará com o alcance de um desenvolvimento sustentado, enfim, uma harmonização na relação homem/natureza. Se por um lado é inquestionável que a educação ambiental constitui uma técnica instrumental de proteção do meio ambiente que visa colher resultados a longo prazo, essa “demora” será recompensada pelo fato de que tais resultados serão sólidos e disseminados em cadeia, de geração para geração, tendo em vista o enraizamento de um “novo comportamento” do indivíduo em relação ao próximo e ao meio em que vive.²⁸³ (grifos no original)

Na mesma linha, José Rubens Morato Leite eleva a importância da informação e da educação para conscientização do cidadão.

A informação, e conseqüente participação, só se completam com a educação ambiental, de forma a ampliar a consciência e estimulá-la no que diz respeito aos valores ambientais. Em uma rede interligada de informação, participação e educação, a última é a base das demais, pois só munido de educação pertinente é que o cidadão exerce seu papel ativo, com plenitude.²⁸⁴

iv. Poluidor-Pagador²⁸⁵

²⁸² DERANI, 2001, p. 161.

²⁸³ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 181.

²⁸⁴ LEITE, 2000, p. 41

²⁸⁵ Para ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 226, há que se diferenciar o poluidor/pagador do usuário/pagador. Isso porque o primeiro tem relação direta com a proteção da qualidade do bem ambiental, enquanto que o segundo com a quantidade dos bens ambientais. “A genérica expressão poluidor/usuário-pagador pode ser didaticamente repartida em poluidor-pagador e usuário-pagador em sentido estrito. A primeira diz respeito à proteção da qualidade do bem ambiental, mediante a verificação prévia da possibilidade ou não de internalização de custos ambientais no preço do produto, até a um patamar que não se justifique economicamente a sua produção, ou que estimule a promoção ou adoção de tecnologias limpas que não

A leitura do nome princípio poluidor/pagador não faz jus a real dimensão de sua essência nem da extensão de seu conteúdo. Trata-se de verdadeiro “*postulado essencial*”²⁸⁶, ou seja, de princípio que orienta e se espraia por vários “*outros subprincípios reguladores de relações e situações em que, estritamente falando, não há nem poluidor e menos ainda pagador, como nos casos do subprincípio do usuário-pagador e do princípio da preocupação*”²⁸⁷.

Para Edis Milaré, o princípio do poluidor – pagador assenta-se

Na vocação redistributiva do Direito Ambiental e se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo (v. g., o custo resultante dos danos ambientais) devem ser internalizados, vale dizer: que os agentes econômicos devem levá-los em conta ao elaborar os custos de produção e, conseqüentemente, assumi-los. Este princípio – escreve Prieur – visa a imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza. Em termos econômicos, é a *internalização dos custos externos*. Ou, como averba Cristiane Derani, “durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas ‘externalidades negativas’. São chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão ‘privatização de lucros e socialização de perdas’, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua *internalização*. Por isto, este princípio é também conhecido como o *princípio da responsabilidade*”.

(...)

A *Declaração do Rio*, de 1992, agasalhou a matéria em seu Princípio 16, dispondo que “As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o que contamina deveria, em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta o interesse público e sem distorcer o comércio nem as inversões internacionais”.²⁸⁸

De acordo com Marcelo Abelha Rodrigues, todas as normas do ordenamento jurídico do ambiente derivam, basicamente, do princípio do poluidor-pagador aliado

degradem a qualidade ambiental. Já a segunda expressão – princípio do usuário-pagador – diferentemente do poluidor-pagador, que é voltado à tutela da qualidade do meio ambiente (bastante aplicado em regiões com abundância de recursos), visa proteger a quantidade dos bens ambientais, estabelecendo uma consciência ambiental de uso racional dos mesmos, permitindo uma socialização justa e igualitária de seu uso. Grosso modo, pois, e em sentido estrito, o poluidor-pagador protege a qualidade do ambiente e seus componentes, enquanto que o usuário-pagador protege precipuamente o aspecto quantitativo dos bens ambientais. Acolhe a idéia de que o bem ambiental deve ter um uso comum, e qualquer outro uso que se lhe dê uma sobrecarga invulgar ou incomum não pode ser livre e gratuito, pois seria uma usurpação da propriedade do povo”.

²⁸⁶ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 189.

²⁸⁷ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 189.

²⁸⁸ MILARÉ, p. 42-43.

ao desenvolvimento sustentável com a “*identificação do objeto de proteção do Direito Ambiental (equilíbrio ecológico derivado da interação de seus componentes – bens de uso comum*”²⁸⁹. Estes seriam os pilares do Direito Ambiental.

Uma das maiores dificuldades na correta interpretação do princípio do poluidor/usuário pagador decorre de seu nome. A real intenção do princípio não é nem fazer crer ser possível pagar para adquirir o direito de poluir, nem se satisfazer com o pagamento dos danos causados ao meio ambiente.

O axioma *poluidor/usuário-pagador* não pode ser interpretado ao pé da letra, tendo em vista que *não* traduz a idéia de “pagar para poluir” ou de “pagar pelo uso”, especialmente também porque o seu alcance é absurdamente mais amplo do que a noção meramente repressiva que possui. Muitas vezes tomado como “pago para poder poluir”, o princípio do poluidor pagador passa muito longe desse sentido, não só porque o custo ambiental não encontra valoração pecuniária correspondente, mas também porque a ninguém poderia ser dada a possibilidade de comprar o direito de poluir, beneficiando-se do bem ambiental em detrimento da coletividade que dele é titular.²⁹⁰ (grifos no original).

Sobre o conteúdo do princípio, Edis Milaré enfatiza que,

O princípio não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano ao ambiente. Nesta linha, o pagamento pelo lançamento de efluentes, por exemplo, não alforria condutas inconstitucionais, de modo a ensejar o descarte de resíduos fora dos padrões e das normas ambientais. A cobrança só pode ser efetuada sobre o que tenha respaldo na lei, pena de se admitir o direito de poluir. Trata-se do *princípio poluidor-pagador* (poluiu, paga os danos), e não *pagador-poluidor* (pagou, então pode poluir). A colocação gramatical não deixa margem a equívocos ou ambigüidades na interpretação do princípio.²⁹¹

A real interpretação de tal princípio depende do conhecimento de sua gênese. O referido princípio decorre das regras econômicas de mercado aplicáveis às políticas ambientais e foi definido pela *recomendação do Conselho (OCDE- Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico) da seguinte forma:*

O princípio a ser usado para alocar custos das medidas de prevenção e controle da poluição, para encorajar (estimular) o uso racional dos recursos ambientais escassos e para evitar distorções do comércio internacional e investimentos é denominado de princípio do poluidor pagador. Este princípio

²⁸⁹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 190.

²⁹⁰ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 190.

²⁹¹ MILARÉ, p. 43.

significa que o poluidor deve suportar os custos do implemento das medidas acima mencionadas, decididas pelas autoridades públicas para assegurar que o ambiente possa ficar num nível aceitável. Em outros termos, os custos dessas medidas deveriam refletir-se no preço dos bens e serviços, cuja produção e consumo são causadores de poluição. Tais medidas não deveriam ser acompanhadas de subsídios, porque criariam distorções significativas ao comércio e investimentos internacionais.²⁹²

O objetivo do princípio do poluidor/usuário-pagador, portanto, é fazer com que os custos das medidas a serem adotadas para se preservar o meio ambiente, tanto para prevenir quanto para reparar danos, sejam arcados pelos poluidores e, não, pela população que apenas recebe o ônus da atividade empresarial. Tem por finalidade “*internalizar no preço dos produtos todos os custos sociais (externalidades negativas) causados pela produção desse mesmo bem*”²⁹³, de forma que o custo social seja pago pelo poluidor.

Conforme Edis Milaré,

O elemento que diferencia o PPP da responsabilidade tradicional é que ele busca afastar o ônus do custo econômico das costas da coletividade e dirigi-lo diretamente ao utilizador dos recursos ambientais. Logo, ele não está fundado no princípio da responsabilidade, mas, isto sim, na solidariedade social e na prevenção mediante a imposição da carga pelos custos ambientais nos produtores e consumidores. Os recursos ambientais como água, ar, em função de sua natureza pública, sempre que forem prejudicados ou poluídos, implicam em um custo público para sua recuperação e limpeza. Este custo público, como se sabe, é suportado por toda a sociedade. Economicamente, este custo representa um subsídio ao poluidor. O PPP busca, exatamente, eliminar ou reduzir tal subsídio a valores insignificantes.²⁹⁴

A intenção do poluidor/ pagador é justamente alterar a interpretação econômica que é dada as externalidades negativas, eis que por essa, tais circunstâncias devem ser totalmente desconsideradas para fins de fixação do valor do produto, de maneira que o problema ambiental resultante da produção é suportado pela população.

²⁹² ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 191.

²⁹³ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 192. “A externalidade pode ser *positiva* ou *negativa*, quando no preço do bem colocado no mercado não estão incluídos os ganhos e as perdas sociais resultantes de sua produção ou consumo, respectivamente. Segundo a teoria econômica das *externalidades*, o efeito negativo ou positivo não pode ser agregado ao valor do produto por ser impossível de ser medido. É cediço que o preço de um bem colocado no mercado só teria uma medida correta (um valor justo) se no valor (no preço) que lhe fosse atribuído estivessem computados todos os ganhos sociais advindos de seu consumo e também quando se computassem *todas as perdas sociais surgidas com a produção desse mesmo bem*, além é claro, dos custos de sua produção. Outrossim, não se agindo dessa forma, *internalizando os custos*, certamente que o produtor de um bem (aço em um siderúrgica, por exemplo) terá um produto colocado no mercado que não será por todos adquirido, mas cujo custo social será suportado, inclusive, por quem não consumiu ou nunca irá consumir o referido produto. “

²⁹⁴ ANTUNES, 2001, p. 33.

De acordo com Cristiane Derani,

Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas 'externalidades negativas'. São chamadas externalidades porque, embora resultantes de produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é recebido pelo produtor privado. Daí a expressão 'privatização de lucros e socialização de perdas', quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização. Por isto, este princípio também é conhecido como o *princípio da responsabilidade*". (grifos no original).²⁹⁵

Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues é enfático ao explicar que já que as atividades econômicas são movidas à base de matéria-prima e os resíduos derivados dos produtos são obtidos e despejados sobre os componentes ambientais, "*é certo que o custo da produção e do consumo desses mesmos produtos obriga a que no seu preço esteja incluído todo esse custo "ambiental" de sua produção e eliminação.*"²⁹⁶ Tal conclusão se deve ao simples fato de que ao não se imputar tais custos na conta do empresário, estará caracterizado um "*enorme prejuízo para a sociedade em troca de um lucro absurdo para o fabricante do referido produto. A propriedade da função ecológica dos bens ambientais impede que os empreendedores raptem estes direito (equilíbrio ecológico) em seu proveito econômico.*"²⁹⁷ Seria a perpetuação de valores totalmente discrepantes com o atual momento de evolução do direito e de conscientização ecológica.

Tendo em vista que a matéria prima para a atividade econômica é proveniente do meio ambiente e que já se entendeu que tal atividade não persistirá sem uma interferência do direito ambiental para regular a utilização dos recursos, há que se entender, então, que em qualquer atividade econômica é necessário que a função ambiental do bem seja preservada, até mesmo para que continue a gerar frutos. Desta forma, "*ao empreendedor deve ser imputado os ônus que o Estado (sociedade) assume ao controlar, prevenir e reprimir as agressões ao meio ambiente.*"²⁹⁸

Isso nada mais é do que

²⁹⁵ DERANI, 2001, p. 193-194.

²⁹⁶ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 194.

²⁹⁷ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 194.

²⁹⁸ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 194.

'tratar' o problema sob o ponto de vista da propriedade, ou seja, se os bens ambientais são de uso comum do povo, o seu uso invulgar deve ser autorizado pelo povo ou quem os representa e sempre de acordo com os interesses destes últimos. Uma vez permitido o uso incomum do bem ambiental (uso não ecológico), o usuário deve ser responsável pelos meios de prevenção, controle e compensação da eventual perda ambiental resultante da atividade econômica.

É exatamente aí que entra a interpretação jurídico-ambiental do princípio do poluidor-pagador, porque o sentido teleológico deste axioma *não é simplesmente internalizar o custo, embutir o preço, e assim produzir, comercializar ou mercenciar* produtos que sabidamente são degradantes do meio ambiente, nas diversas etapas da cadeia de mercado. Enfim, não se *compra* o direito de poluir mediante a internalização do custo social. Caso este custo seja insuportável para a sociedade, ainda que internalizado, a interpretação jurídica do poluidor-pagador impede que o produto seja produzido e socializado o custo da produção. Este é um dos pontos de dessemelhança da interpretação econômica para a jurídica acerca do poluidor pagador.²⁹⁹

Sendo assim, o empreendedor, ao utilizar os bens ambientais para suas atividades empresariais, deve internalizar todos os custos gerados no intuito de não repassar a sociedade o prejuízo ambiental. Deve, então, usar de todos os meios possíveis para que a função ambiental dos bens permaneça incólume. Caso fique constatado ser impossível a manutenção da função ambiental dos bens em questão, a alternativa seria inviabilizar a continuidade da atividade empresarial. Além disso, o uso invulgar dos bens ambientais deve ser precedido de ampla discussão e com a demonstração de medidas que possam compensar a eventual perda ambiental.

4.3.4.1 Princípios de concretização do poluidor/usuário-pagador

Seguindo a classificação proposta por Marcelo Abelha Rodrigues, os princípios da prevenção, precaução, função sócio-ambiental da propriedade privada e responsabilidade ambiental são considerados princípios de concretização do poluidor/usuário-pagador.

4.4.4.1.1 Prevenção e Precaução

²⁹⁹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 194-195.

A doutrina trata de dois princípios que possuem sentido muito semelhante e que, por tal motivo, serão analisados de forma conjunta. São os princípios da prevenção e da precaução. Alguns doutrinadores entendem que não há razão para separá-los, uma vez que a idéia central de ambos é a de evitar que sejam tomadas medidas predatórias em relação ao meio ambiente. Todavia, há doutrinadores que diferenciam os dois princípios em relação ao que se pretende com a aplicação deles.

Edis Milaré diferencia os dois princípios, mas entende que a melhor forma seria tratá-los como prevenção, em função deste englobar a precaução.

De início, convém ressaltar que há juristas que se referem ao *princípio da prevenção*, enquanto outros reportam-se ao *princípio da precaução*. Há também, os que usam ambas as expressões, supondo ou não diferença entre elas. (...)

Preferimos adotar *princípio da prevenção* como fórmula simplificadora, uma vez que a prevenção, pelo seu caráter genérico, engloba precaução, de caráter possivelmente específico.(...) Tem razão Ramón Martín Mateo quando afirma que os objetivos do Direito Ambiental soa fundamentalmente preventivos. Sua atenção está voltada para momento anterior à da consumação do dano – *o do mero risco*. Ou seja, diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, excessivamente onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única, solução. De fato, “não podem a humanidade e o próprio Direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob a violência do corte raso? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos? Com efeito, muitos danos ambientais são compensáveis mas, sob a ótica da ciência e da técnica, são irreparáveis.”³⁰⁰

Entendimento diferente possui Marcelo Abelha Rodrigues, uma vez que adota a posição de que a precaução é mais abrangente que a prevenção, por ser anterior a ela. O referido doutrinador entende que a importância da prevenção “*está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstrução é praticamente impossível*”.³⁰¹ Desta forma, “*com o meio ambiente, decididamente, é melhor prevenir do que remediar*”.³⁰²

Com efeito, pelo princípio da prevenção há como se implementar meios de prevenir a ocorrência do dano ambiental. A possibilidade de implementação de meios existe

³⁰⁰ MILARÉ, p. 43 - 45.

³⁰¹ ABELHA RODRIGUES, 2005p, p. 203.

³⁰² ABELHA RODRIGUES, 2005,p. 204.

porque as conseqüências já são conhecidas, ou seja, se está lidando com uma atividade poluidora cujos efeitos são calculados, mas podem ser evitados se forem tomadas algumas medidas preventivas.

O conhecimento prévio dos efeitos nocivos é exatamente o ponto que diferencia a utilização do princípio da prevenção para a precaução, pois neste, os efeitos não são tidos como certos.³⁰³ Há uma suspeita de que determinada ação pode causar um certo efeito, mas não há certeza, ou seja, a dúvida paira sobre a questão. Nestes momentos de dúvida é que se utiliza o princípio da precaução, pois se as conseqüências ainda não são nem conhecidas, há que se tomar cuidado redobrado, e a mera dúvida deve ser levada em consideração como risco para o meio ambiente, e portanto, deve impedir eventuais ações humanas.

Sobre a incerteza científica sobre o risco ambiental, assim se manifesta Paulo Affonso Leme Machado,

Há certeza científica ou há incerteza científica do risco ambiental? Há ou não unanimidade no posicionamento dos especialistas? Devem, portanto, ser inventariadas as opiniões nacionais e estrangeiras sobre a matéria. Chegou-se a uma posição de certeza de que não há perigo ambiental? A existência de certeza necessita ser demonstrada, porque vai afastar uma fase de avaliação posterior. Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção. "O princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos Ter sabido, mas, também, sobre o de que nós deveríamos duvidar" – assinala o jurista Jean – Marc Lavieille. Aplica-se o princípio da precaução ainda quando existe a incerteza, não se aguardando que esta se torne certeza³⁰⁴.(grifos no original)

³⁰³ Conforme DIAFÉRIA, (2001, p. 744-745): Seria possível se verificar antes da criação de um novo produto químico a possibilidade de se inventar um novo tipo de uso considerado razoavelmente mais seguro, ou ainda a invenção de novos procedimentos que talvez nem precisem depender de produtos químicos, ou seja, quantidades menores de produtos viriam ao mercado e um número crescente dos já estabelecidos sairia. Isso já ocorreu no caso dos clorofluorcarbonos – CFC's, que ao ser constatado que causavam lesões na camada de ozônio estratosférico, responsável pela proteção da superfície terrestre devido à radiação danosa ultravioleta, nos termos do Protocolo de Montreal, de 1987, os CFC's estão sendo eliminados gradualmente e substituídos por outros compostos, menos danosos à camada de ozônio.

³⁰⁴ MACHADO, 2005, P. 72.

Conforme tal abordagem, o princípio da precaução é anterior ao da prevenção, tendo em vista que a preocupação tem início antes mesmo da certeza dos danos ambientais, ela tem início com o risco ambiental.

No nosso sentir, o princípio da precaução não é a mesma coisa que o princípio da prevenção.(...) Há uma diferença fundamental entre o que se pretende por intermédio da precaução e o que se quer pela prevenção. (...) O princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*) recebeu especial atenção na Alemanha, onde foi colocado como *ponto direcionador central do Direito Ambiental*, devendo ser visto como um princípio que antecede a prevenção, qual seja, sua preocupação não é evitar o dano ambiental, senão porque, antes disso, pretende evitar os riscos ambientais. Mais do que um *jogo de palavras*, a assertiva é norteada por uma política diversa da prevenção, porque privilegia a intenção de não se correr riscos, até porque a precaução é tomada mesmo sem saber se existem os riscos. Se já são conhecidos, trata-se de preveni-los.³⁰⁵ (grifos no original)

Sobre o princípio da precaução, Cristiane Derani afirma que,

Na verdade, é uma “precaução contra o risco”, que objetiva prevenir já uma suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. Seu trabalho está anterior à manifestação do perigo.(...) Precaução é cuidado (*in dubio pro securitae*). O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir dessa premissa, deve-se também considera não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. O alcance deste princípio depende substancialmente da forma e da extensão da cautela econômica, correspondente a sua realização. Especificamente, naquilo concernente às disposições relativas ao grau de exigência para implementação de melhor tecnologia e ao tratamento corretivo da atividade inicialmente poluidora.³⁰⁶

Adotando-se a diferenciação entre prevenção e precaução, percebe-se que esta tem “*uma finalidade ainda mais nobre do que a própria prevenção, já que em última análise este último estaria contido naquele.*”³⁰⁷ Tal nobreza se consubstancia no fato que “*enquanto a prevenção relaciona-se com a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, a precaução também age prevenindo, mas antes disso, evita-se o próprio risco ainda imprevisto.*”³⁰⁸

³⁰⁵ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 204-205.

³⁰⁶ DERANI, 2001, p. 169 e 171.

³⁰⁷ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 207.

³⁰⁸ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 207.

O fato é que independente de se chamar “prevenção” ou “precaução” a essência do princípio é a de que em relação ao meio ambiente a ótica reparatória não possui a máxima importância, uma vez que não se trata de bens passíveis de fácil reposição. Ao invés de se deixar o mal ser feito para depois cobrar uma reparação, há que se evitar o prejuízo a qualquer custo pois, muito provavelmente, a reparação não será satisfatória para o meio ambiente.

4.4.4.1.2 Função Sócio-Ambiental da Propriedade Privada

A “função sócio-ambiental da propriedade privada” pode ser entendida como a forma pela qual a *“propriedade privada se comporta diante do poluidor/usuário-pagador, que acaba limitando internamente o seu conteúdo”*.³⁰⁹

Seguindo, então, a orientação de que o princípio do poluidor-pagador possui o conteúdo muito mais extenso do que uma primeira lida poderia demonstrar e considerando-o como matriz de onde decorrem os demais princípios ambientais, entende-se que a função sócio-ambiental nada mais é do que a aplicação do referido princípio à propriedade privada, promovendo, desta forma, uma releitura do instituto, atualizando seu conteúdo à luz da preservação ambiental que se impõe. *“Na verdade, talvez o que se precise é justamente dar um colorido de solidariedade ao uso da propriedade privada”*³¹⁰.

Para Edis Milaré, a função sócio-ambiental da propriedade privada demonstra o abandono do paradigma individualista. *“Significa que a propriedade não mais ostenta aquela concepção individualista do Código Civil; afirma-se cada vez mais forte o seu sentido social”*.³¹¹ Neste sentido, a propriedade passa a ser *“não instrumento de ambição e desunião dos homens, mas fator de progresso, de desenvolvimento e de bem-estar de todos.”*³¹²

É com base nesse princípio que se tem sustentado, por exemplo, a possibilidade de imposição ao proprietário rural do dever de recomposição

³⁰⁹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 109.

³¹⁰ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 210.

³¹¹ MILARÉ, p. 46.

³¹² MILARÉ, p. 46.

da vegetação em áreas de preservação permanente e reserva legal, mesmo que não tenha sido ele o responsável pelo desmatamento, certo que tal obrigação possui caráter real – *propter rem* - , isto é, uma obrigação que se prende ao titular do direito real, seja ele quem for, bastando para tanto sua simples condição de proprietário ou possuidor.³¹³

O princípio do poluidor/pagador determina então que se proceda a uma avaliação prévia dos custos de um empreendimento e ao levantamento das conseqüências que podem tomar lugar. No caso de se constatar que os riscos são *“insuportáveis de serem absorvidos pelo ambiente (e pelos seus titulares=povo) podem levar inclusive à decisão de simplesmente impedir o exercício da atividade econômica”*.³¹⁴ Esta característica do princípio do poluidor/pagador interfere diretamente na propriedade privada, *“de forma que o uso, o gozo e a disposição dos bens objeto da propriedade privada não podem colidir com a função ecológica que esses mesmos bens possuem – e devem continuar a possuir – para estas e as próximas gerações”*.³¹⁵

Além disso, tal princípio é determinante para a orientação a ser adotada para o uso das propriedades rurais, na medida em que não podem ser utilizadas em discordância com sua vocação originária, ou seja, não podem ser utilizadas ignorando os bens ambientais que foram “dados” em benefício de bens que podem ser “construídos”. Sendo assim, há que se preservar os recursos ambientais, no exercício de toda e qualquer atividade. Nessa preocupação estão inseridos os chamados espaços territoriais especialmente protegidos, dentre os quais, destacamos as áreas de preservação permanente e as áreas de reserva legal, que são propriedades cuja destinação é determinada por orientação constitucional.

Não é um entendimento de simples imposição aos proprietários, uma vez que o direito de propriedade privada constitui a base da sociedade liberal e *“como dizem muitos a raiz genética da própria liberdade individual”*.³¹⁶

Assim, não há superação de paradigma (Estado Liberal para Estado Social) sem que o núcleo dessa crise paradigmática seja revirado: a propriedade privada. Todavia, por outro lado, não há conformismo e nem armistício, quando a reviravolta recai sobre o sacrossanto e intocável instituto que é a base do capitalismo, e, portanto, dos titulares do poder econômico. Trata-se

³¹³ MILARÉ, p. 46 e 47.

³¹⁴ ABELHA RODRIGUES, 2005, P. 211.

³¹⁵ ABELHA RODRIGUES, 2005, P. 212.

³¹⁶ ABELHA RODRIGUES, 2005, P. 210.

de mexer num vespeiro, porque se de um lado os “donos” do capitalismo e da propriedade privada não admitem uma limitação de direitos que antes eram considerados quase absolutos, por outro lado é unanimidade que todos precisam de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.³¹⁷

Levando-se em consideração que os bens ambientais são importantes tanto para a melhoria da qualidade de vida, quanto para o desenvolvimento econômico, conclui-se que *“a intervenção do Estado se justifica nessas duas frentes, tendo em vista um objetivo comum: estabelecer um ponto de equilíbrio entre a atividade econômica e a repercussão ambiental que ela causa na qualidade de vida da coletividade”*³¹⁸. Portanto, *“É exatamente aí que penetra o princípio do poluidor/usuário-pagador, limitando a propriedade privada, e, portanto, o próprio desenvolvimento econômico que assenta-se no ideário liberal.”*³¹⁹

4.4.4.1.3 Responsabilidade Ambiental

O ordenamento e a doutrina brasileira, em função da evolução jurídica, tem orientado no intuito de sempre tentar evitar a ocorrência do dano ambiental, seja com base na precaução (risco) ou na prevenção (certeza do dano). Todavia, mesmo com todos os cuidados, podem ocorrer, e de fato ocorrem, danos ao meio ambiente que, como tais, farão surgir a necessidade de uma reparação, seja na esfera cível, penal ou administrativa.

Para Paulo Bessa Antunes, o princípio da responsabilidade esclarece que caberá sanção aos praticantes de danos ambientais, por ação ou omissão, a ser apurada de forma objetiva, ou seja, estabelecendo o simples nexos causal entre dano e causador, sem se analisar critérios subjetivos de intenção do agente. A responsabilidade portanto, é objetiva, de acordo com o propugnado no § 3º do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.

A responsabilidade por danos ao meio ambiente deve ser implementada levando-se em conta os fatores de singularidade dos bens ambientais atingidos, da impossibilidade ética de se quantificar o preço da vida e, sobretudo, que a responsabilidade ambiental deve ter um sentido

³¹⁷ ABELHA RODRIGUES, 2005, P. 210.

³¹⁸ ABELHA RODRIGUES, 2005, P. 223.

³¹⁹ ABELHA RODRIGUES, 2005, P. 223.

pedagógico tanto para o poluidor como para a própria sociedade, de forma que todos possamos aprender a respeitar o meio ambiente³²⁰.

No caso de tutela ambiental, diferentemente do que acontece nos outros casos de responsabilidade “há uma convergência de finalidade entre todas as sanções”³²¹.

Quando o que se tutela é o meio ambiente, por mais diversa que seja a origem e o tipo de sanção aplicada, a regra que tem sido utilizada pelo legislador é a de que de nada vale reprimir por reprimir, punir por punir, condenar por condenar. O princípio da responsabilidade ambiental tem um desiderato menos formal, e mais realista, buscando uma efetividade prática com resultados palpáveis. Assim, toda a repressão ambiental (penal, civil e administrativa) deve atender a uma finalidade comum, qual seja: a) recuperar imediatamente o meio ambiente caso tenha ocorrido lesão ambiental; b) promover, se possível, por intermédio da reparação ou da sanção aplicada, a educação ambiental do responsável.³²²

A base da responsabilização ambiental é que se tente recuperar o meio ambiente de forma imediata, ou seja, a punição é estipulada no sentido de fazer com que o responsável corrija o mal que fez ao meio ambiente e, mais, que tal correção seja feita com cunho pedagógico, de maneira que o sujeito se sinta compelido a não mais praticar os atos que geraram tais efeitos.

Por outro lado, pode-se dizer que, em termos de efetividade, menos interessa à coletividade se o poluidor foi ou não foi preso, se recebeu esta ou aquela sanção de multa, ou ainda, se foi condenado a pagar determinada quantia. Ora, o importante é, precisamente, e isso o legislador tem compreendido muito bem, que o meio ambiente seja recuperado integralmente e que aquela conduta não seja repetida, fazendo com que o agressor se conscientize disso. Enfim, deve-se compatibilizar a modalidade de sanção, com estas finalidades: recuperação com educação ambiental.³²³

A importância da punição com prevalência das medidas mencionadas se deve ao fato de que de nada adianta para fins ambientais, apenas se impor sanções pecuniárias, que privem ou restrinjam a liberdade do indivíduo sem tentar meios de se evitar o prolongamento dos danos ou sem tentar recuperar o que for possível.

³²⁰ ANTUNES, 2001, p. 32.

³²¹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 248.

³²² ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 248.

³²³ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 248.

5 PROPRIEDADE PRIVADA E MEIO AMBIENTE: RELEITURA DA PROPRIEDADE PRIVADA EM PROL DO MEIO AMBIENTE

5.1 BEM AMBIENTAL

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, estabelece que o meio ambiente é bem de uso comum de todos e deve, portanto, ser preservado pelo Poder Público e pelo povo. Em função da utilização da expressão “bem de uso comum do povo” a doutrina passou a questionar qual seria a natureza jurídica do bem ambiental, com vistas a descobrir qual deve ser o regime jurídico adotado e de quem seria a titularidade de tais bens.

Parte da doutrina entende que a adoção de tal terminologia pela Constituição partiu já de uma evolução do pensamento liberal individualista para um pensamento mais coletivista, de maneira que a expressão não deve ser lida sob aquela ótica. Desta forma, entendem alguns que a expressão não significa exatamente o bem público de uso comum estabelecido no Código Civil. Na verdade, a CF teria feito uso do termo para enfatizar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser um direito de natureza difusa, não pode ficar adstrito a titularidade de ninguém, sendo, portanto, bem público, não no sentido de pertencer ao Estado, mas, sim, no sentido de ser de todos e de ninguém especificamente.

Antonio Herman v. Benjamin faz sua análise partindo das duas formas pelas quais se pode classificar o meio ambiente: uma macro e uma micro. No macro ambiente se inclui tudo o que está ao nosso redor e que nos foi “dado”. No micro ambiente se incluem os componentes ambientais deste meio ambiente macro, ou seja, árvores, água, animais etc. Sendo assim, há que se diferenciar o tratamento reservado ao micro e ao macro ambientes. Os elementos do meio ambiente podem sim ser de propriedade de alguém, mas isso não exclui a preservação estabelecida pela Constituição Federal tanto sendo particulares quanto públicos. Já o meio ambiente macro não é possível de apropriação, pois é uma noção abstrata que envolve tudo o que está ao nosso redor.

O meio ambiente, como macrobem, é sempre bem público (de uso comum). Já na sua acepção fragmentada, como microbem, pode ser tanto bem público (um parque estadual pertencente ao Estado de São Paulo, por exemplo), como bem privado (uma mata de propriedade de uma particular).

O meio ambiente, como macrobem, é bem público, não porque pertença ao Estado (pode até pertencê-lo), mas porque se apresenta no ordenamento constitucional e infraconstitucional, como “direito de todos”, como bem destinado a satisfazer as necessidades de todos. É bem público em sentido objetivo e não em sentido subjetivo, integrando uma certa “dominialidade coletiva”, desconhecida do Direito tradicional Público, então porque incapaz de apropriação exclusivista, porque destinado à satisfação de todos e porque, por isso mesmo, de domínio coletivo, o que não quer dizer de domínio estatal.

O certo, entretanto, é que o entendimento que o Direito hoje tem de bem público sofreu grande transformação no decorrer das duas últimas décadas. Dentro desta evolução, a titulação clara e direta do bem nas mãos de uma pessoa jurídica de direito público interno deixa de ser necessária.³²⁴

Benjamin esclarece que a evolução do direito demonstra que o monopólio de proteção estatal foi rompido na seara ambiental, uma vez que não compete mais, apenas ao Estado preservar o meio ambiente, mas também ao povo em geral. Desta forma, entende que por macro ambiente se entende uma realidade abstrata relativa a qualidade ambiental que é de titularidade não exclusiva e que pode incidir sobre bens do micro ambiente, estes sim passíveis de titularidade tanto privada quando estatal.

O meio ambiente, embora reconhecidamente bem público, rompe com o monopólio protetório do Estado, sendo que tal, em nosso ordenamento, decorre do próprio texto constitucional. Não é pelo fato de sua natureza

³²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Função Ambiental*. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. **Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993. 470 p. 09-82 p., P. 64.

pública, ou mesmo de sua qualidade de “*res extra commercium*”, que a tutela do meio ambiente deve se esgotar na atividade estatal.

(...)

Em sua macrorealidade abstrata, o meio-ambiente é sempre bem público e uso comum. Diversamente, em sua micropercepção o meio-ambiente é visto como um conglomerado de elementos proteiformes submetidos, em sua análise simplificada, a dois regimes básicos de titularidade dominial: o público (no sentido de propriedade do Estado) e o privado. Este último gravado com a qualidade de interesse público.³²⁵

Marcelo Abelha Rodrigues entende que o intuito da referência à expressão “bem de uso comum do povo”, pela Constituição Federal foi o de determinar que os bens ambientais devem ser tratados com base no mesmo regime jurídico daqueles, uma vez que “*possui regime jurídico típico de direito público, mas descansa mansa e tranqüilamente no conceito de bem difuso (art. 81, parágrafo único, I do CDC), porque a sua propriedade não é do Estado, mas res omnium*”³²⁶.

O objeto desse direito é o *bem ambiental* (de natureza indivisível), assim entendido o de uso comum do povo e *essencial à sadia qualidade de vida*. Pela leitura da CF/88 vemos que ao adotar a expressão “bem de uso comum do povo”, o legislador fez nítida associação ao artigo 98 do Código Civil, que por sua vez, define o bem público em três categorias (uso comum do povo, uso especial e dominicais). Portanto, vê-se que o legislador aproximou o bem ambiental da natureza de bem público. Entretanto, com o fenômeno da massificação social que o mundo sofreu e sofre a partir da segunda metade do século passado, surge a necessidade de um tratamento destacado aos direitos de 3ª geração, que não serão nem públicos e nem privados.³²⁷

Do trecho citado é possível se entender que a importância da expressão utilizada não está na determinação da titularidade do bem, mas, sim no fato de que por ser a preservação ambiental interesse de todos, o bem de relevante valor ambiental será considerado bem ambiental, e, portanto, “de uso comum do povo”.

A titularidade do bem ambiental é difusa e não há como se identificar cada um dos indivíduos que compõem o povo, que é titular do bem. Ora, por ser indivisível e ter a sua titularidade indeterminável, o bem ambiental jamais poderia ser exclusivo desta ou daquela pessoa, justamente porque a sua essencialidade à vida (equilíbrio do ecossistema) exige que todos dele usufruam solidariamente, permitindo a sua socialização no presente, mas conservando-o para o futuro.³²⁸

³²⁵ BENJAMIN (D), 1993, P. 68-79.

³²⁶ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 81.

³²⁷ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 82.

³²⁸ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 83.

Rodrigues³²⁹ esclarece que não há que se confundir o meio ambiente, como “*um bem juridicamente autônomo*” com seus “*componentes ambientais (bióticos e abióticos)*”. No entanto, ressalta, que é “*inegável que, quando estes são tutelados, quase sempre estar-se-á protegendo o equilíbrio ecológico, este sim o bem autônomo a que todos nós temos direito de uso comum*”.

Os autores citados fazem uma diferenciação entre o “todo” e suas “partes” demonstrando que quando se fala em “bem ambiental” tanto se pode referir ao “macro ambiente” ou “equilíbrio ecológico” quanto ao “micro ambiente” ou “componentes ambientais”. O fato é que o “todo” é entendido como sendo de interesse de todos e, por isso, bem de uso comum do povo, enquanto que as “partes” podem ser particulares ou públicas, no sentido de estatais, mas, mesmo assim, serão orientadas pelo intuito de manutenção do equilíbrio ecológico, ou seja, os acessórios (componentes) terão que seguir a orientação do principal (equilíbrio).

Ao indagar sobre o que se entende por bem ambiental já foi possível diferenciar o meio ambiente dos elementos que dele fazem parte. Ou seja, é possível identificar um bem maior e os bens menores que o compõem. Cumpre indagar o que deve ser abrangido pelo conceito de bem ambiental: “*seriam apenas os que ontologicamente estivessem ligados ao meio ambiente natural*”³³⁰ ou também incluir-se-iam os ligados ao meio ambiente artificial?

Rodrigues sustenta que há que se entender bens ambientais como aqueles recursos naturais, em função de uma “diferença ontológica” entre estes e os recursos artificiais. A diferença é que a tutela dos recursos artificiais é antropocêntrica, enquanto que a dos recursos naturais é ecocêntrica.

A definição dos recursos ambientais, que temos denominado de componentes ou elementos ambientais, dada pelo legislador da Lei 6.938/81, no art. 3º V, com redação da Lei 7.804/89, diz que são recursos ambientais: “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”. Esses componentes são formados por componentes bióticos (biota) e abióticos e interagem por intermédio dos *fatores ambientais*, que estão incluídos nesse grupo, cujos exemplos são a pressão atmosférica, o calor, o frio, as radiações que integram com os componentes

³²⁹ ABELHA RODRIGUES, 2005, P. 73-74.

³³⁰ ABELHA RODRIGUES, 2005, p.77.

para formar o equilíbrio ecológico. (...) Pensamos que o ecossistema artificial (urbano, cultural e do trabalho) faz parte do entorno globalmente considerado, mas é tratado por outras disciplinas, ainda que, tal como o meio ambiente natural, tenham por objetivo a proteção da qualidade de vida. Isso porque, não obstante o próprio destacamento feito pelo legislador constitucional, existe uma diferença ontológica entre eles, que se espalha no aspecto teleológico de sua proteção. No meio ambiente natural é ecocêntrica a sua tutela para atender a proteção de todas as formas de vida. O meio ambiente artificial é precipuamente antropocêntrico porque prioriza a sua preocupação com a qualidade de vida da população. Por tudo isso, pensamos que os recursos ambientais referem-se aos recursos naturais. Os bens culturais (representativos da valoração humana), por exemplo, embora indisponíveis e igualmente difusos, seria tutelados por disciplina específica.³³¹

Desta forma, doutrinadores fazem interpretação diferente sobre a natureza do bem ambiental, sendo que o consenso é que era entendido como “coisa sem dono” e, que, portanto, poderia ser utilizada até sua exaustão por qualquer um, mas, hoje o entendimento mudou e mesmo os bens ambientais passíveis de apropriação, considerados integrantes do micro ambiente, devem ter sua utilização pautada pelo respeito ao meio ambiente. O bem ambiental é de natureza difusa e, não, estatal, essa é a leitura que deve ser feita da expressão “bem de uso comum do povo”.

5.2 ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

A Constituição prevê no artigo 225, inciso III, que algumas áreas serão consideradas espaços territoriais especialmente protegidos, dentre as quais se inserem as áreas de preservação permanente e reserva legal³³², alvo de nossa pesquisa no que diz respeito à possibilidade ou não de indenização em função de tal determinação.

³³¹ ABELHA RODRIGUES, 2005, p. 77.

³³² Apesar de não ser objeto da presente pesquisa vale a pena comentar que uma forma interessante de se preservar e por vontade própria dos proprietários é a instituição de servidão florestal ambiental que é inteligente porque “o dono da terra decide pela instituição da servidão o que trará a certeza de seu envolvimento com o projeto e a garantia de sucesso. Ao contrário daqueles casos em que o governo estabelece limitações ao direito de propriedade, com resistência e até mesmo revolta de proprietários, neste caso, os mesmos são convencidos da importância do projeto, bem como motivados por benefícios, que poderão obter com a iniciativa”, conforme SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A servidão ambiental florestal como instrumento de proteção continental do meio ambiente. Disponível em www.oab.org/comissoes/coda/files/artigos{05449877-7D8B-4134-A3D5-DBE9A3BB8C99}_servidaoambiental.pdf. Acesso em 20.01.2006.

Paulo de Bessa Antunes observa que um dos pontos a serem compreendidos antes de se analisar a proteção das propriedades florestais brasileiras é identificar quem “define os contornos jurídicos da propriedade florestal”³³³. Ressalta que o tratamento da propriedade florestal não deve ser o mesmo delimitado pelo Código Civil, eis que o Código Florestal é lei especial e deve prevalecer. Além disso, esclarece que a partir da Constituição de 1988, “a subordinação do Direito Civil aos princípios constitucionais está mais clara e, obviamente, o Direito Civil ganhou o status de ser “mais um ramo do direito”, perdendo a condição de “o direito”, como tende a vê-lo o pensamento jurídico do século XIX”³³⁴. Desta forma, “direito comum é o próprio Direito Constitucional”³³⁵.

Desta forma, “A propriedade florestal, portanto, é uma propriedade especial, que não se confunde com a propriedade em geral”³³⁶. Além disso, observa que “a propriedade florestal, tal como definida por nosso ordenamento jurídico, possui três limitações principais que são: a) as Áreas de Preservação Permanente; b) As Reservas legais; c) corte somente com autorização do Poder Público.”³³⁷

Há que se ressaltar que, conforme já visto em outro momento, tais áreas não devem ser consideradas restrições ou limitações administrativas às propriedades, mas, sim decorrência da aplicação da função sócio-ambiental da propriedade, de forma que se trata de conteúdo do próprio direito de propriedade, ou seja, uma limitação interna³³⁸ e, não, externa.

Neste sentido, Paulo de Bessa Antunes, afirma que:

³³³ ANTUNES, 2005, p. 503.

³³⁴ ANTUNES, 2005, p. 503.

³³⁵ ANTUNES, 2005, p. 503.

³³⁶ ANTUNES, 2005, p. 503.

³³⁷ ANTUNES, 2005, p. 503.

³³⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. V. 1. n. 4. p. 41-60. out/dez. 1996, p. 49. “São eles de natureza intrínseca e contemporânea à formação da relação de domínio; isto é, indissociáveis do próprio direito de propriedade, verdadeiros elementos de um todo, daí moldando-se como ônus inerentes à garantia. Na ausência deles, como se fossem o ar e a água que propiciam a vida, não se consolida o direito de propriedade, não é ele reconhecido e protegido pela ordem jurídica, pelo menos em sua plenitude. No princípio do Século XX surge outro feixe de restrições, agora sob o amparo da função social da propriedade, que atua, conforme destaca José Afonso da Silva, “na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”. E nesse contexto funcional que mais aparece e justifica-se a proteção do meio ambiente (a Reserva Legal, as Áreas de Preservação Permanente, o controle das emissões poluidoras etc).

Tanto umas como as outras integram o próprio conteúdo do direito de propriedade florestal. 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. 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. A função social da propriedade, tal como exercida na própria Constituição, não possui conteúdo concreto. A Função Social, na hipótese florestal, é inteiramente diferente da função social exercida pela propriedade imobiliária urbana, por exemplo.³³⁹

Luis Henrique Paccagnella, acompanha o entendimento ao afirmar que “A propriedade só existe enquanto direito, se respeitada a função social. Desatendida esta não existe direito de propriedade amparado pela Constituição³⁴⁰”. Ressalta, por fim que “O cumprimento da função social é condição sine qua non para o reconhecimento do direito de propriedade.³⁴¹”

O direito de propriedade sob as florestas e demais formas de vegetação em áreas consideradas espaços territoriais especialmente protegidos somente será legítimo se exercido de acordo com o princípio da função sócio-ambiental da propriedade que está na essência das regras para caracterizar a propriedade de acordo com a preservação a ser feita.

O proprietário, mesmo nos limites estritos de seu imóvel, não tem total e absoluta disposição da flora, só podendo utilizá-la na forma e com os limites estabelecidos pelo legislador. Sem serem proprietários, todos os habitantes do País – é o que declara a lei – têm um interesse legítimo no destino das florestas nacionais, privadas ou públicas.(...)

Na perspectiva ambiental contemporânea – na esteira da aceitação da tese de que o domínio “não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava” -, é bom ressaltar que, entre os direitos associados à propriedade, não está o poder de transformar o “estado natural” da res ou de destruí-la. Nenhum proprietário tem direito ilimitado e inato de alterar a configuração natural da sua propriedade, dando-lhe características que antes não dispunha, carecendo para tal do concurso do Poder Público. Assim, p. ex., não integra o rol dos atributos do direito de

³³⁹ ANTUNES, 2005, p. 504.

³⁴⁰ PACCAGNELLA, Luis Henrique. Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 02. n. 08. p. 05-19. out/dez/1997, p. 05.

³⁴¹ PACCAGNELLA, 1997, p. 05.

propriedade do dono de uma área pantanosa e possibilidade de, a seu querer, aterrará-la, modificando seu estado natural e função ecológica.³⁴²

Em outro texto, Antonio Herman V. Benjamin, enfatiza que,

a rigor, não se pode falar em *intervenção* (ato de fora para dentro) num direito que, por determinação constitucional, só é *in totum* reconhecível (=garantido) quando respeitados valores e objetivos (=direitos) que lhe são antecedentes.

Resumindo, a proteção do meio ambiente, no plano formal da Constituição não está em conflito com o direito de propriedade. Ao contrário, é parte da mesma relação sociedade-indivíduo que dá à propriedade todo o seu significado e amparo.³⁴³

5.2.1 ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Conforme artigo 1º, §2º, II do Código Florestal, Lei Federal n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, com redação dada pela Medida Provisória 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, considera-se área de preservação permanente “*área protegida nos termos dos arts. 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*”.

As áreas de preservação permanente são estabelecidas pelo Código Florestal e podem ser de dois tipos: legais (*ope legis*) e administrativas³⁴⁴. As primeiras são estabelecidas pela própria lei, enquanto que as segundas dependem de um ato administrativo.

O artigo 2º do Código Florestal estabelece as áreas de preservação permanente “*ope legis*” ou legais, ou seja, florestas e demais formas de vegetação situadas:

³⁴² BENJAMIN. Antonio Herman V. Desapropriação, Reserva Florestal Legal e Áreas de Preservação Permanente. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Advocacia Pública & Sociedade Ano II, n.º 03. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. São Paulo: Max Limonad, 1998. 361 p. 63-79. p. 65-67.

³⁴³ BENJAMIN (A), 1996,. p. 65

³⁴⁴ Denominação utilizada por Antonio Herman V. Benjamin, in “Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. V. 1. n. 4. p. 41-60. out/dez. 1996 p.55”.

- a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água de menos de 10 metros de largura;(…)
- b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais e 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 metros e largura;
- d) no topo de morros, montes montanhas e serras;
- e) nas encostas ou parte 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 de tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 metros em projeções horizontais;
- h) em altitude superior a 1.800 mil metros, qualquer que seja a vegetação.

O artigo 3º, por sua vez, estabelece que se consideram 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 faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;
- e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;
- f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;
- g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;
- h) a assegurar condições de bem-estar público.

Paulo Affonso Leme Machado indaga o que se deveria fazer se

inexistirem essas formas de vegetação ao longo dos rios e cursos d'água, ao redor das lagoas e dos reservatórios, no topo dos morros, montes, montanhas e serras? E se essas formas de vegetação forem consumidas por doenças, por incêndios ou por derrubadas pela ação do homem? Continuariam estas terras com a obrigação de ser destinadas à vegetação de preservação permanente?³⁴⁵

Para ele, o Poder Público poderá providenciar o reflorestamento, sem recorrer ao instituto da desapropriação, se não o fizer o proprietário e cobrar o valor correspondente. *“Ainda que não esteja textualmente previsto no Código florestal, é de se entender que possam ser cobradas pelo Poder Público as despesas efetuadas para implantar as florestas ou executar o reflorestamento”*³⁴⁶.

Acrescenta que o Poder Público terá o dever de providenciar o reflorestamento no caso das do art. 2º, por se tratar de APPs legais e a faculdade em relação às instituídas com base no art. 3º, em função de serem administrativas.

³⁴⁵ MACHADO, 2005, p 730.

³⁴⁶ MACHADO, 2005, p. 731.

Ainda que não seja simples a solução, diverso tratamento jurídico há de ser dado às florestas de preservação permanente do art. 2º e às florestas de preservação permanente do art. 3º. As do art. 2º existem em razão do próprio Código Florestal, enquanto que as do art. 3º foram criadas por uma decisão que emanou do poder discricionário da Administração. Na constituição das florestas compreendidas no art. 2º não interveio a discricionariedade da Administração: são imperativas. Assim, parece-me que há uma obrigação para a Administração de arborizar ou reflorestar as APPS abrangidas no art. 2º do Código Florestal. Quanto às florestas de preservação permanente criadas conforme o art. 3º do mesmo Código, será a Administração quem decidirá da conveniência e da oportunidade de reflorestar as áreas atingidas, avaliando a questão através de adequada motivação.³⁴⁷

Percebe-se, então, que o grande objetivo das áreas de preservação permanente é manter as áreas com sua vocação ambiental original, de forma que caso a vegetação tenha sido retirada, deverá ser replantada pelo proprietário, ou pelo Poder Público.

Fernanda de Salles Cavedon esclarece que a instituição das Áreas de Preservação Permanente beneficia o proprietário e toda a coletividade.

A proteção integral das Áreas de Preservação Permanente beneficia diretamente a coletividade e o proprietário, pois contribuem para a manutenção da integridade ambiental e das finalidades econômicas e sociais da Propriedade. A fixação, pelo Código Florestal, de determinada vegetação como de preservação permanente não se deu de forma aleatória. A vegetação é assim considerada pela função que desempenha para a proteção das áreas que reveste. Conseqüentemente, “sua natureza jurídica não é de simples restrição imposta pelo Poder Público, mas decorre de sua própria situação, de sua própria qualificação natural. São restrições, portanto, co-naturais à existência da floresta nas condições indicadas.”³⁴⁸

O artigo 4º do Código, acrescentado pela referida MP, assevera que “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”. O §1º do referido artigo dispõe que “a supressão de que trata o caput deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do

³⁴⁷ MACHADO, 2005, p. 731.

³⁴⁸ CAVEDON, 2003, p. 104.

órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo”.

Com base na redação do artigo, resta claro que a Medida Provisória permite a supressão de vegetação em área de preservação permanente, legal ou administrativa, por meio de autorização do órgão ambiental competente.

Ocorre que tal redação conflita com o texto constitucional federal, que no art. 225, III da CF/88, estabelece que a supressão dos espaços territoriais especialmente protegidos e de seus componentes só pode ser feita por meio de lei. Em função da dúvida existente foi, então, proposta Ação direta de inconstitucionalidade, tombada sob o n.º 3.540, pelo Procurador Geral da República, contra o artigo 1º da referida Medida Provisória, na parte em que alterou o art. 4º, caput e parágrafos 1º ao 7º do Código Florestal.

Num primeiro momento, em julho de 2005, foi deferida liminar, pelo Ministro Nelson Jobim suspendendo a eficácia dos artigos questionados. Todavia, a suspensão dos artigos gerou a insatisfação de representantes de diversos Estados³⁴⁹ da Federação, sob a alegação de que inúmeras obras teriam que ser paralisadas em função da medida. A ADIN foi então julgada, em setembro de 2005, e o Supremo Tribunal Federal, por sete votos a dois, revogou a liminar anteriormente concedida e se pronunciou no sentido de que a interpretação dos artigos do Código Florestal e da Constituição Federal deve ser feita do seguinte modo: a supressão a que diz respeito a CF se refere ao próprio regime jurídico das áreas que deve, então, ser feito apenas por meio de lei. No entanto, a supressão de vegetação de dentro dessas áreas pode ser feita por simples ato administrativo (autorização) desde que a possibilidade se subsuma a uma das hipóteses do Código Florestal, qualificadas como de utilidade pública ou interesse social, conforme redação dada pela Medida Provisória 2.166-67, de 24 de agosto de 2001.

³⁴⁹ Conforme relatório da ADIN 3.540-1, obtido pelo site www.stf.gov.br, os Estados de São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Mato Grosso do Sul e Amazonas ingressaram na relação processual como “*amici curiae*”, defendendo a restauração da eficácia do texto acrescentado ao Código Florestal pela Medida Provisória 2.166-67.

Paulo Affonso Leme Machado, antes do advento da ADIN n.º 3.504, se manifestou no sentido de que a supressão só poderia ser realizada por meio de lei, sendo “*lei específica para cada caso*”, conforme trecho a seguir:

Nem todos os espaços estão submetidos à mesma proteção jurídica. Os que gozam de uma especial proteção – como os destinados às florestas de preservação permanente e às reservas legais florestais – só poderão ser alterados e suprimidos através de lei. Lei específica para cada caso. A Constituição não está impedindo totalmente que a lei suprima ou altere esses espaços, mas indica procedimento específico para a transformação, que é o processo legislativo. Os constituintes manifestaram a vontade do povo brasileiro de que haja maior tempo e maior discussão quando se pretenda suprimir ou alterar os espaços protegidos e seus componentes.³⁵⁰

No mesmo sentido Roxana Cardoso Brasileiro Borges,

Entende-se que, diante do dispositivo constitucional do art. 225 1º, III, as áreas de preservação permanente do art. 3º só podem ser alteradas ou suprimidas através de lei, não por ato administrativo, como no caso da sua criação, apesar do que dispõe o art. 3º mencionado acima.³⁵¹

Também a favor da necessidade de lei para a possibilidade supressão em área de preservação permanente José Gustavo de Oliveira Franco assim se manifestou:

Destaque-se que a interpretação não se restringe à necessidade de lei autorizando a supressão, pois há ainda expressa vedação constitucional de qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justificam a proteção destes espaços, no que deve ser considerada a vocação de tais áreas como *habitats* e corredores ecológicos e, ainda, a necessidade de sua preservação de forma contínua para atingir em sua plenitude os objetivos atualmente incorporados, sendo indispensável, para tanto, a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental.(...)
Assim, em princípio, será possível a supressão ou alteração de área de preservação permanente, matas ciliares nos casos de utilidade pública ou interesse social, somente através de lei, desde que não comprometa os atributos que fundamentaram sua proteção, não ponha em risco nenhuma espécie, processo ecológico ou ecossistema ali existente, incluindo-se sua função como corredor de biodiversidade, precedido, necessariamente, de rigoroso estudo técnico.³⁵²

Com base no resultado do julgamento da ADIN n.º 3.504, as áreas de preservação permanente poderão ter sua vegetação suprimida simplesmente com a edição de um ato administrativo, sem passar pelo devido processo legislativo. Tal resultado pode vir a ser extremamente prejudicial a tais espaços territoriais especialmente

³⁵⁰ MACHADO, 2005, P. 721.

³⁵¹ BORGES, 1999, p. 127.

³⁵² FRANCO, 2005, P. 114 e 117.

protegidos. O resultado implicou no verdadeiro esvaziamento do conteúdo das áreas de preservação permanente.

5.2.2 RESERVA LEGAL

O grande motivo da implementação das reservas legais foi a tentativa de se diminuir a destruição das florestas nativas brasileiras, uma vez que o uso era totalmente predatório. A lógica da utilização da terra era a de que uma vez diminuída a produtividade, ela deveria ser abandonada, tendo em vista que *“como o fator terra era abundante e barato, era mais racional do ponto de vista econômico, abandoná-la quando a produtividade diminuía, transferindo o capital para outras áreas, do que investir nas terras já desgastadas”*.³⁵³

O instituto surgiu no Direito Brasileiro com o antigo Código Florestal que, *“em seu art. 23, determinava que 25% da área da propriedade cobertas por florestas não poderia ser derrubada, a menos que fosse para a transformação de florestas heterogêneas em homogêneas, destinadas à exploração florestal”*.³⁵⁴

No início, a reserva legal foi instituída com o objetivo de salvaguardar exclusivamente as florestas, ocorre que com o passar do tempos, ela foi estendida para abrigar não apenas as florestas.

Ao longo do tempo, a função da Reserva Legal tendeu a expandir-se para poder cumprir melhor o seu objetivo de preservar o meio ambiente, e foram acrescentadas às formações florestais, previstas no texto original do artigo 16 do Código Florestal, todas as demais coberturas vegetais nativas não florestais, como o cerrado. Expandiu-se também a sua função original, para incluir a função de **recuperar a cobertura vegetal nativa nas áreas privadas**, assim como, em última análise, da preservação e recuperação da **biodiversidade**³⁵⁵. (grifos no original)

O Código Florestal estabelece em seu 1º, §2º, III que Reserva Legal é a *“área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a e preservação*

³⁵³ MAGALHÃES, Vladimir Garcia. Reserva Legal. **Revista de direitos difusos**. São Paulo. Ano VI Vol. 32, jul/ago 2005, 185p. 117-155. p. 118.

³⁵⁴ MAGALHÃES, 2005, P. 124.

³⁵⁵ MAGALHÃES, 2005, P. 125.

permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas”.

Para Paulo Affonso Leme Machado,

A Reserva Legal Florestal tem sua razão de ser na virtude da prudência, que deve conduzir o Brasil a ter um estoque vegetal para conservar a biodiversidade. Cumpre, além disso, o princípio constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Importa dizer que cada proprietário não conserva uma parte de sua propriedade com florestas somente no interesse da sociedade ou de seus vizinhos, mas primeiramente no seu próprio interesse.

O proprietário de uma Reserva olha para seu imóvel como um investimento de curto, médio e longo prazos. A Reserva Legal Florestal deve ser adequada à tríplex função da propriedade: econômica, social e ambiental. Usa-se menos a propriedade, para usar-se sempre. A existência de uma Reserva Florestal, mais do que uma imposição legal, é um ato de amor a si mesmo e a seus descendentes³⁵⁶.

O artigo 16 fixa os percentuais de reserva legal a serem adotados em cada propriedade, dependendo da região geográfica onde estiverem situadas. Estabelece que

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 - 80%, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;

II – 35%, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo 20% na propriedade e 15% na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo;

III – 20%, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País;

IV – 20%, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

O §2º do artigo 16 expõe esclarece que *“a vegetação da reserva legal não pode ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvadas as hipóteses no §3º deste artigo, sem prejuízo das demais legislações específicas”.*

³⁵⁶ MACHADO, 2005, p. 738.

Para Raimundo Alves de Campos Júnior,

As reservas florestais legais são áreas de cobertura arbórea, localizadas dentro do imóvel (...). Encontram, de um lado, como fundamento constitucional, a função socioambiental da propriedade, e de outro, como destinatários, as gerações futuras; no plano ecológico (sua razão material), justifica-se pela proteção da *biodiversidade*, que, a toda evidência, não está assegurada com as áreas de preservação permanente, diante de sua configuração geográfica irregular e descontínua.

A principal característica da reserva florestal legal é a de ser uma área obrigatória em todos os imóveis rurais, pois a lei fala na área de “cada propriedade”, consistindo num percentual da área total do imóvel rural.³⁵⁷

A reserva legal é uma área delimitada geograficamente dentro de propriedades rurais que se destina à preservação da biodiversidade. Sua delimitação dependerá da região geográfica do território brasileiro onde ela estiver situada, de forma que em área de campos gerais localizada em qualquer região do País, foi fixada em 20% da propriedade.

A proibição de corte raso era uma das características da Reserva Florestal Legal, eis que tal previsão constava, de forma explícita, do art. 44, parágrafo único, do Código Florestal (Lei 4.771/65). Todavia, foi suprimida pela alteração implementada pela Medida Provisória 2.166-67/2001. Contudo, Paulo Affonso Leme Machado enfatiza que “o corte raso na Reserva Legal Florestal continua a ser ilícito administrativo”³⁵⁸.

A Reserva Legal deve ser, conforme §8º do artigo 16, averbada à margem da matrícula do imóvel no Cartório de Registro Geral de Imóveis competente, sendo expressamente “vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação de área”.

Ocorre que pela ausência de uma fiscalização efetiva que alie órgãos ambientais e Cartórios de Registro Geral de Imóveis, muitas são as propriedades rurais que não possuem averbação em sua matrícula delimitando a área de reserva legal, mesmo com a facilidade da gratuidade do ato para a pequena propriedade ou posse rural familiar, conforme § 9º do artigo 16.

³⁵⁷ CAMPOS JÚNIOR, 2004, p. 174.

³⁵⁸ MACHADO, 2005, p. 743.

Há divergência doutrinária no que diz respeito a fixação da reserva legal, se ela deveria ser feita pelo Estado ou pelo proprietário³⁵⁹. Isso porque o § 4º do artigo 16 impõe que

a localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente, ou mediante convenio, pelo órgão ambiental municipal ou outra instituição devidamente habilitada, devendo ser considerados, no processo de aprovação, a função social da propriedade, e os seguintes critérios e instrumentos quando houver:

I – o plano de bacia hidrográfica;

II - O plano diretor municipal;

III – o zoneamento ecológico-econômico;

IV – outras categorias de zoneamento ambiental;

V – a proximidade com outra Reserva Legal, Área de Preservação Permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida.

Há quem sustente que enquanto o Estado não delimitar tal área, o proprietário não pode ser obrigado a fazê-lo. Já outros entendem que, como a preservação ambiental é dever de todos, deve o proprietário fixar a área de reserva legal e efetuar o efetivo registro no CRGI sem aguardar manifestação estatal.

Paulo Affonso Leme Machado é a favor de que a responsabilidade pela instituição da área de reserva legal deva ser compartilhada entre cidadão e Administração Pública, de maneira que aquele informe a esta a sua delimitação e aguarde resposta.

Não duvido dos bons propósitos da inovação – controlar a localização física da Reserva. Contudo, seria mais simples dar chance ao civismo ambiental do proprietário, determinando que este informe o órgão público de seu projeto de localização da Reserva (devendo o mesmo levar em conta os planos e zoneamentos referidos). A Administração teria um prazo para responder, e, findo esse prazo, o silêncio administrativo, neste caso, significaria a possibilidade de ser implantada a Reserva.³⁶⁰

³⁵⁹ Importa observar que o não atendimento às regras que instituem a reserva legal pode ser causa de desapropriação para fins de reforma agrária, conforme sustenta Magalhães (2005 p. 136-138): A não preservação da Reserva Legal em uma propriedade significa **não preservar** o meio ambiente naquele imóvel, logo, aquela propriedade não está cumprindo a sua função social o que, em tese, tornaria possível a sua desapropriação para fins de Reforma Agrária. Ao se analisar este decreto (95.715/88), em conjunto com o artigo 186, inc. III, da Constituição Federal e arts. 5º e 9º da lei 8.629/93, é se, caso a propriedade estiver sendo explorada de modo a contrariar ou a não cumprir as normas de proteção ambiental, ela estará contrariando os princípios da ordem econômica e social e portanto não estará cumprindo a sua função social, estando, neste caso, sujeita à desapropriação para reforma agrária.

³⁶⁰ MACHADO, 2005, p. 742.

Luis Henrique Paccagnella, entende que “o proprietário que não possui reserva legal tem a obrigação de demarcar e registrar a mesma, cessando exploração em sua área e possibilitando assim a regeneração natural”³⁶¹

Além disso, ressalta que tal obrigação se prende ao bem e, portanto, mesmo que o proprietário tenha adquirido uma propriedade sem área de reserva legal florestada, caberá a ele o reflorestamento, uma vez que “por força de princípios constitucionais ficou a cargo do proprietário rural o cumprimento da função social de sua propriedade, entre outras providências através da preservação do meio ambiente”³⁶². Acrescenta que “Também ficou imposto a todos – ao proprietário rural inclusive – o dever de preservar o meio ambiente não só para as presentes, mas também para as futuras gerações”.³⁶³

Há de se destacar que o eventual fato da aquisição do domínio e posse do imóvel rural, quando já não mais havia parte da cobertura vegetal na propriedade, não afasta a responsabilidade do adquirente. (...)

É que além de tal responsabilidade ser objetiva e solidária, ela consubstancia uma obrigação real – *propter rem* – ou seja, uma obrigação que se prende ao titular do direito real, seja ele quem for, em virtude, tão – somente, de sua condição de proprietário ou possuidor.

As obrigações de que ora se tratam se vinculam mais à coisa, daí ser caráter real e não pessoal. Isso por se tratar de norma geral, a todos imposta, não se tratando de obrigação assumida unilateralmente pelo devedor na sua origem, mas sim por força de lei.³⁶⁴

Além da fixação percentual estabelecida pelo artigo 16 caput e incisos, o § 5º traz a possibilidade de o Poder Executivo (após indicação pelo Zoneamento Ecológico Econômico e pelo Zoneamento Agrícola, desde que ouvidos o CONAMA, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Agricultura) determinar a redução e ampliação de área de reserva legal. A redução pode ocorrer, “para fins de recomposição, na Amazônia Legal, para até 50% da propriedade, excluídas, em qualquer caso, as Áreas de Preservação Permanente, os ecótonos, os sítios e ecossistemas especialmente protegidos, os locais de expressiva biodiversidade e os corredores ecológicos”. Já a ampliação pode ser em até “50%, dos índices previstos neste Código, em todo o território nacional”.

³⁶¹ PACCAGNELLA, 1997, p. 10.

³⁶² PACCAGNELLA, 1997, p. 11.

³⁶³ PACCAGNELLA, 1997, p. 11.

³⁶⁴ PACCAGNELLA, 1997, p. 11-12.

Sobre a possibilidade de ampliação ou redução da área de reserva legal, Paulo Affonso Leme Machado julgou negativa, uma vez que *“muda profundamente o sistema jurídico da Reserva Legal Florestal”*³⁶⁵. Tal entendimento se deve ao fato de que uma das características da Reserva Legal era que sua delimitação foi feita com base em dados objetivos, previstos na lei, de acordo com a localização geográfica.

A Reserva fora concebida com medidas idênticas para todos os proprietários de uma determinada região ou de um tipo de vegetação (como os cerrados). O critério possibilitava melhor acompanhamento da aplicação do princípio da igualdade de todos perante a lei, ao evitar que o tamanho da Reserva ficasse na dependência de ato do Governo. Como argumento favorável à alterabilidade das Reservas pode-se apresentar a flexibilização na sua prática. Faço reparos à inovação ao deixar os proprietários privados nas mãos da Administração, principalmente, sem a previsão de procedimento transparente e de ampla e permanente participação pública. Acaba-se implantando um sistema de desigualdade, que pode ferir a generalidade da limitação ao direito de propriedade, garantidora da gratuidade da própria limitação.³⁶⁶

5.3 CABIMENTO OU NÃO DA INDENIZAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DAS RESERVAS FLORESTAIS LEGAIS

A discussão principal sobre o tema centra-se na possibilidade, ou não, de o proprietário rural ser indenizado em função da existência de áreas de preservação permanente e de reserva florestal legal em sua propriedade.

Partindo do paradigma individualista, que eleva o direito de propriedade a sua máxima potência, qualquer interferência no exercício do direito de propriedade seria, então, considerada uma intervenção do Estado em um direito individual, e, por tal razão, ensejaria uma desapropriação e conseqüente necessidade de indenização do particular.

Todavia, deixando-se de lado o paradigma individualista e partindo para a evolução do direito de propriedade a luz da proteção ambiental, há que se entender que tal possibilidade somente seria possível se o estabelecimento das áreas de proteção

³⁶⁵ MACHADO, 2005, p. 746.

³⁶⁶ MACHADO, 2005, p. 746-747.

florestal eliminasse totalmente o direito do proprietário de exercer qualquer tipo de atividade econômica, isso porque, a própria Constituição Federal assevera que o exercício de atividade econômica também deve ser orientado pelo objetivo da preservação ambiental, de maneira que, atividades econômicas praticadas em desacordo com tal orientação estarão sendo feitas em desacordo com a Carta de 1988.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges questiona até que ponto deve ocorrer a proteção ambiental da propriedade rural e, principalmente, às custas de quem,

Discute-se até que ponto o meio ambiente deve ser preservado, à custa de quem e de quem e até que ponto o ser humano pode explorar os recursos naturais da forma como tem sido feito atualmente, forma esta que se refere tanto a métodos pré-modernos, quanto aos adotados pela tecnologia contemporânea, ambos, em parte, prejudiciais ao meio ambiente, na medida em que não consideram que os recursos naturais são limitados e que sua exploração indevida pode ferir o equilíbrio ecológico, essencial para a sustentação da vida na Terra.

Mas é necessário salientar que função social da propriedade e limitações administrativas são coisas diferentes e não podem ser usadas como pretexto para que se proceda a restrições desnecessárias ao exercício dos poderes do direito de propriedade.³⁶⁷

A referida autora esclarece que as limitações administrativas são pacificamente entendidas, pela doutrina, como sendo gratuitas. Todavia, apesar de gratuitas, são consideradas indenizáveis nos casos em que resultarem prejuízo considerável ao proprietário e caracterizarem um esvaziamento do conteúdo do direito de propriedade. Isso porque o abuso na imposição das limitações administrativas deve gerar o dever de indenização pela Administração.³⁶⁸

O grande problema está em conseguir delimitar *“até que ponto a limitação é geral, não incidindo especialmente apenas sobre alguns proprietários”*³⁶⁹. Além disso, estabelecer no caso de limitação geral, *“até que ponto ela, por ser demasiada, não acaba por tratar com desigualdade não os proprietários, mas os administrados entre si, podendo gerar ou não direito de indenização”*³⁷⁰.

³⁶⁷ BORGES, 1999, 155-156.

³⁶⁸ BORGES, 1999, 160.

³⁶⁹ BORGES, 1999, 161.

³⁷⁰ BORGES, 1999, 161.

Desta forma, seriam legítimas as limitações administrativas genéricas que não caracterizem “*esvaziamento do conteúdo do direito de propriedade*”. As limitações não genéricas e, portanto, que caracterizem um ônus especial a alguns particulares gerariam direito de indenização ao proprietário. No entanto, se a limitação “*atinge apenas algumas faculdades que compõem o direito de propriedade, então a questão fica controvertida na teoria e, na prática, dever-se-á atentar para o caso concreto*”.³⁷¹

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges, o problema pode ser assim resumido:

Assim, são legítimas e gratuitas as limitações que se dirigem a uma generalidade de proprietários, atingindo faculdades parciais do direito de propriedade. Mas quando dirigem-se a proprietários determinados, havendo outros que se encontram na mesma situação e que não são atingidos pela limitação, deslegitima-se esta, gerando direito de indenizar.³⁷²

Ocorre que a delimitação de áreas de preservação permanente e de reserva legal não é considerada limitação administrativa, mas, sim, aplicação do princípio da função sócio-ambiental ao próprio conteúdo do direito de propriedade que, em sua essência, ou seja, em seu interior, foi orientado pela defesa do meio ambiente, de maneira que somente será legitimamente exercido conforme sua estrutura essencial.

Desta forma, resta a dúvida: há que se aplicar o mesmo entendimento da generalidade das limitações administrativas para o problema da necessidade ou não de indenização dos particulares ou deve-se simplificar o problema e entender que no caso da aplicação do princípio da função sócio-ambiental da propriedade, não há que se falar em indenização, uma vez que o proprietário não poderia exercer seu direito legitimamente de outra forma?

Para J.J. Gomes Canotilho,

A primeira ideia a realçar é a do reforço da vinculação social da propriedade por motivos ecológicos. Esta tendência desenha-se com nitidez a partir dos finais dos anos sessenta. A intensificação dos vínculos incidentes sobre a propriedade obriga, porém, a novos esforços dogmáticos no sentido de saber em que casos deve o proprietário suportar ‘medidas autoritativas de compressão ecológica’ sem qualquer direito a ‘compensações patrimoniais’. É neste contexto que se situa a recente fórmula da juspublicística alemã:

³⁷¹ BORGES, 1999, 162.

³⁷² BORGES, 1999, 163.

“determinação do conteúdo da propriedade com o correspondente dever de indenização”.³⁷³

O referido autor não concorda com a adoção simplista da idéia de que os vínculos estabelecidos em decorrência da função sócio-ambiental da propriedade sejam imunes à necessidade de indenizar o proprietário. Para ele, há necessidade de se delimitar o conteúdo do direito de propriedade, para então, analisar a viabilidade de uma indenização. Afirma que este conceito de *“delimitação de conteúdo mais dever de indenização”*, pretende, no fundo, relativizar a tradicional dicotomia (...) entre *vinculação social sem indenização e expropriação geradora de indenização*.³⁷⁴

A doutrina mais recente, embora sem contestar a bondade da “presunção ecológica” conducente ao enquadramento de muitas delimitações da propriedade na categoria de “vinculação ecológico-social da propriedade”, contesta a consequência simplista e automática sistematicamente deduzida desta presunção da desnecessidade de uma “ponderação indenizatória”.³⁷⁵

A delimitação do conteúdo seria, então, utilizada naqueles casos em que não ficou evidenciada a expropriação, mas, houve uma grande limitação, entendida como anormal, na possibilidade de uso da propriedade, de maneira que o proprietário teria tido um prejuízo econômico em decorrência da restrição.

J. J. Gomes Canotilho esclarece que:

O conceito de “delimitação do conteúdo de propriedade geradora de compensação” vem deste modo ocupar o espaço resultante de um regresso ao conceito de expropriação em sentido restrito. A “delimitação do conteúdo” constituirá uma “restrição do direito geradora de compensação” quando a medida delimitadora-restritiva tiver um peso econômico significativo na esfera jurídico-patrimonial do proprietário.³⁷⁶

Roxana Cardoso Brasileiro Borges, adotando o entendimento de J.J. Gomes Canotilho, explica que a solução apontada é importante no sentido de que o *“ônus da proteção do meio ambiente seja repartido entre todos (a sociedade), indenizando-se ao proprietário os prejuízos pelo tratamento desigual”*. Acrescenta ainda que,

³⁷³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 109 p., p. 96.

³⁷⁴ CANOTILHO, 1995, p. 97.

³⁷⁵ CANOTILHO, 1995, p. 99.

³⁷⁶ CANOTILHO, 1995, p. 98.

“mesmo que não haja expropriação (ou desapropriação indireta), pode haver indenização pelo prejuízo que o proprietário sofrer, ainda que permanecendo com ele o domínio.” Conclui, desta forma, que a medida representa uma *“alternativa à tradicional dicotomia entre função ambiental indenizável e desapropriação indireta”*.³⁷⁷

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges, com base em J. J. Gomes Canotilho, tais restrições decorrentes da função sócio-ambiental da propriedade que se consubstanciam em uma limitação anormal, mas que não são consideradas expropriação, poderiam ser caracterizadas como servidão administrativa e, assim, em razão do peso econômico significativo da medida estatal, a indenização estaria justificada.

Nesses momentos talvez se possa falar em servidão administrativa, no lugar de limitação, quando a intervenção se dá de forma específica e particular (não geral, como na limitação), sem que haja expropriação, mas estando presente uma restrição parcial, com relevância jurídica e econômica, do domínio de proprietários determinados.

As servidões constituem um ônus parcial imposto a propriedades particulares determinadas. Embora a doutrina administrativista se manifeste pela indenizabilidade das servidões administrativas, Hely Lopes Meirelles lembra que nem sempre há indenização, apenas devendo ocorrer quando houver prejuízo para o proprietário em face da serventia pública. (...)

Assim, não se vêem problemas em se considerarem servidões administrativas, por exemplo, as unidades de conservação de manejo sustentável, em que se permite o uso dos recursos naturais, mas desde que sejam obedecidas as regras que previnam os danos ao meio ambiente e a quebra do equilíbrio ecológico do ecossistema respectivo. Não é uma limitação administrativa, uma vez que atinge propriedades determinadas, mas também não é expropriação, visto que nem se transfere a propriedade para o patrimônio público nem se esvaziam completamente os poderes referentes ao direito de propriedade.³⁷⁸

Sobre a questão da relevância econômica da restrição imposta pelo Estado, se faz importante acrescentar a observação de Antonio Herman V. Benjamin sobre a não existência de direito do proprietário a integral exploração de sua terra e, também, de que existem outras formas de exploração econômica além da simples devastação da vegetação.

A Constituição não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de *todos* os usos possíveis e imagináveis de sua propriedade. De outra parte, nenhum

³⁷⁷ BORGES, 1999, p. 166.

³⁷⁸ BORGES, 1999, p. 167-168.

imóvel, especialmente, os rurais, tem, como única forma de utilização, a exploração madeireira ou o sacrifício integral de sua cobertura vegetal, remanescendo apenas a terra-nua (ou, melhor, a terra arrasada!). Só muito excepcionalmente, no mundo atual – com seu crescente mercado de plantas ornamentais, piscicultura, essências e ecoturismo -, vamos nos deparar com áreas em que a *única* possibilidade de exploração é o desmatamento integral e rasteiro, como forma de viabilizar a agricultura e pecuária. Além disso, se é certo que a ordem jurídica reconhece ao proprietário o direito de usar sua propriedade, nem por isso assegura-lhe, sempre e necessariamente, o *melhor, o mais lucrativo* ou mesmo o *mais aprazível* uso possível. No caso da propriedade rural, o “direito de exploração econômica” só é cancelado quando respeita o meio ambiente, nos termos dos arts. 170, inc VI, 186, inc, II e 225, todos da CF.³⁷⁹

Paulo de Bessa Antunes também observa que há inúmeras maneiras de se explorar uma propriedade e que a instituição de algum título vinculado a proteção ambiental pode ser extremamente lucrativo para o proprietário, em função da valorização das atividades ecologicamente corretas.

Concordo, em tese, com a orientação jurisprudencial e doutrinária. Contudo, faz-se necessário lembrar que o momento atual é de valorização dos bens naturais e que, atualmente, está sendo desenvolvida uma poderosa indústria turística e de pesquisas científicas que, dependendo da forma de conservação a qual uma determinada região está sendo submetida, podem ser praticadas perfeitamente. Muitas vezes, é o próprio estabelecimento de áreas de preservação que irá servir de suporte para a valorização econômica do um bem. É necessário que os tribunais estejam atentos para o fato e que a análise do esvaziamento econômico leve em consideração as novas formas de atividade econômica. Evidentemente que o limite entre a “limitação administrativa” do direito de propriedade e o esvaziamento deste mesmo direito é extremamente tênue e precisa ser examinado em cada caso concreto.³⁸⁰

Antonio Herman V. Benjamin, parte do pressuposto de que a regra geral é que “a obrigação de resguardar o meio ambiente não infringe o direito de propriedade, não ensejando desapropriação”.³⁸¹

O referido autor lista as situações que seriam consideradas desapropriação indireta³⁸²:

³⁷⁹ BENJAMIN (A), 1996. P. 54.

³⁸⁰ ANTUNES, 2005, P. 519.

³⁸¹ BENJAMIN (A), 1996, p. 52.

³⁸² Para Celso Antonio Bandeira de Mello, in **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 1008p. P. 816, desapropriação indireta é “a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua consequente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório. Ocorrida esta, cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente.” Para Paulo de Bessa Antunes, in **Direito Ambiental**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. 940 p., p. 18 “A desapropriação indireta, portanto, é uma gentil construção doutrinária e

Logo de início, tenha ou não a restrição ambiental origem no Código Florestal, podemos afirmar que, em tese, há desapropriação indireta sempre que a Administração Pública, ao interferir com o direito de propriedade:

- a) aniquilar o direito de exclusão (dando ao espaço privado fins de uso comum do povo, como ocorre com a visitação pública nos parques estatais);
- b) eliminar, por inteiro, o direito de alienação;
- c) inviabilizar, integralmente, o uso econômico, ou seja, provocar a total interdição da atividade econômica do proprietário, na completa extensão daquilo que é seu.

Nessas três hipóteses, o domínio, mediante justa indenização, há que passar para o Estado, sofrendo este o encargo daquela, como consequência de, por ato seu, na expressão apropriadíssima do Min. Celso Mello, “virtualmente esterilizar, em seu conteúdo essencial, o direito de propriedade”.

Diferentemente, não cabe indenização, *tout court*, quando o Poder Público, procedendo em conformidade com o suporte constitucional da *função sócio-ambiental*, regrar a forma do uso, privilegiar – ou mesmo interditar – usança em detrimento de outras. (grifos no original) ³⁸³

Aplicando-se tais orientações às ares de preservação permanente e de reserva legal, chegaríamos a conclusão que, em regra, tais áreas não ensejariam a necessidade de pagamento de indenização aos proprietários. Todavia, teríamos algumas situações a serem consideradas.

Conforme Antonio Herman V. Benjamin,

Em linhas gerais, nenhum dos dispositivos do Código Florestal consagra, aprioristicamente, restrição que vá além dos *limites internos* do domínio, estando todos constitucionalmente legitimados e recepcionados; demais disso, não atingem, na substancia, ou aniquilam o direito de propriedade. Em ponto algum as APPS e a Reserva Legal reduzem a *nada* os direitos do proprietário, em termos de utilização do capital representado pelos imóveis atingidos. Diante dos vínculos que sobre elas incidem, tanto aquelas como esta aproximam-se muito de modalidade moderna de *propriedade restrita*, restrita, sim, mas nem por isso menos propriedade. (...)

Tanto as APPS *ope legis*, como a Reserva Legal são, sempre, limites *internos* ao direito de propriedade e, por isso, em nenhuma hipótese são indenizáveis. Integram a essência do domínio, sendo com o título transmitidas. Não importa, *per se*, novamente tomando por empréstimo as palavras do Min. Celso de Mello, “em esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade”. A desapropriação, sabe-se, “priva o particular do bem de que é proprietário”, ora, não é isso o que se dá com as APPs e Reserva Legal, pois o senhor dessas áreas não deixa de ser o proprietário original, o particular. (grifos no original) ³⁸⁴

No mesmo sentido, Carlos Octaviano de M. Manguiera observa que,

jurisprudencial sobre o apossamento, puro e simples, de bens privados. É lamentável que a repetição de tal fato tenha se verificado tantas vezes que se tornou uma prática rotineira”.

³⁸³ BENJAMIN (A), 1996, p. 54.

³⁸⁴ BENJAMIN (A), 1996, p. 56-57.

Em relação a instituição de reservas legais e as áreas de preservação permanente *ope legis*, ante a sua generalidade, não há como falar em afetação ao conteúdo econômico da propriedade. Na verdade, a exploração econômica da propriedade só pode dar-se dentro daquilo que o conteúdo do direito de propriedade permite e da forma também prevista em lei. (grifos no original)³⁸⁵

A instituição de área de preservação permanente legal somente ensejaria necessidade de indenização se faltar a característica da generalidade, não beneficiar em nada o proprietário e implicar na subtração da total possibilidade de utilização econômica. Isso teria que ficar demonstrado por meio de uma análise econômica para então ficar cabalmente comprovado que a instituição da área, apesar de não importar na transmissão da propriedade para o Estado, representou a total inutilização pelo proprietário.

O referido autor lista os itens considerados necessários para a indenizabilidade das áreas de preservação permanente:

Já as APPs do art. 3º, conforme o caso, devem ser indenizadas, especialmente quando:

- a) lhes faltar o traço da generalidade (afetar um ou poucos proprietários);
- b) não beneficiarem, direta ou indiretamente, o proprietário; e,
- c) sua efetivação inviabilizar, por inteiro, a totalidade do único (hipótese raríssima) ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitado, evidentemente, o lapso prescricional, que corre da promulgação do ato administrativo de regência.³⁸⁶

Nos casos de área de preservação permanente administrativa, teríamos uma situação diferente, uma vez que trata-se de área que foi por meio de ato administrativo instituída como tal.

Para Fernanda de Salles Cavedon,

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,

³⁸⁵ MANGUEIRA, Carlos Octaviano de M. Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente: notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. V. 37. n. 146. p. 229-49. abr/jun 2000., 240.

³⁸⁶ BENJAMIN (A), 1996, p. 57.

mantendo o proprietário o domínio sobre o bem. Já as Áreas de Preservação Permanente do art. 3º, instituídas pelo Poder Público, ensejariam direito à indenização, por serem limites externos ao direito de Propriedade, que têm sua origem em ato discricionário do Poder Público atingindo Propriedades individualizadas.³⁸⁷

Carlos Octaviano de M. Mangueira, citando Paulo Affonso Leme Machado, afirma que as áreas de preservação permanente administrativas devem ser indenizadas, uma vez que lhes falta a característica da generalidade.

Entende Paulo Affonso Leme Machado que tais áreas, por afetarem apenas um ou alguns proprietários, devem ser indenizadas. Parte o autor da premissa que as áreas de preservação permanente são limitações administrativas, com as de ordem geral não ensejando indenização, o que não ocorre com as limitações específicas. De fato, numa primeira análise é fácil concluir que tais áreas só existem quando declaradas pelo Estado, o que afasta, em tese, a característica de generalidade dessas APPs. O argumento não deve ser tomado como uma regra única e geral, se considerarmos que as APPs não são limitações administrativas, mas, antes disso, constituem o próprio direito de propriedade. Mais importante ainda, é preciso saber se sua instituição vai inviabilizar a exploração econômica do imóvel e se não é possível realizar nenhuma outra atividade econômica no local.³⁸⁸

Para o mencionado autor, mesmo se tratando de área de preservação permanente administrativa, a solução seria a aplicação dos itens estabelecidos por Antonio Herman Benjamin, para decidir se haverá ou não direito a indenização.³⁸⁹

O mesmo entendimento é esposado por Fernanda de Salles Cavedon,

A simples instituição, por ato do Poder Público, de Área de Preservação Permanente prevista no art. 3º do Código Florestal não enseja direito à indenização, a não ser que deste ato decorra a inviabilidade total de uso econômico da Propriedade.³⁹⁰

Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo³⁹¹ lista alguns pressupostos e critérios a serem considerados para a indenizabilidade de uma das áreas em análise, dentre os quais: especificidade da restrição, certeza quanto ao agente público da restrição,

³⁸⁷ CAVEDON, 2003, 116.

³⁸⁸ MANGUEIRA, 2000, p. 241.

³⁸⁹ MANGUEIRA, 2000, p. 241.

³⁹⁰ CAVEDON, 2003, p. 121.

³⁹¹ AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. Indenização de áreas de interesse ambiental: pressupostos e critérios. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Advocacia Pública & Sociedade Ano II, n.º 03. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. São Paulo: Max Limonad, 1998. 361 p. 325 - 333.

titularidade, temporalidade da aquisição, espacialidade da restrição e atividade econômica existente e/ou viável.

Sobre o problema da repercussão econômica negativa para o proprietário o referido autor afirma ser necessário o levantamento das reais possibilidades de atividades a serem praticadas para o dimensionamento do efetivo dano.

É conveniente reafirmar que, atendidos os pressupostos anteriores, a indenização pressupõe a prova do dano efetivo, ou seja, não se deixa alguém indene de uma mera intenção de ocupação. Esta tem que se pré-existente ou viável.

É usual a alegação de atingidos por atos de proteção no sentido de que há interdição por impossibilidade de parcelamento do solo ou exploração madeireira. Pouco se questiona sobre a efetividade desta atividade econômica ou ainda sobre sua visibilidade. A viabilidade pressuposta, ademais, não é somente econômica (por exemplo, se o custo da extração de madeira numa determinada região é superior ao valor deste produto no mercado), mas também jurídica (no sentido da possibilidade legal da dita exploração, vedada em áreas de declividade acentuada ou de ocorrência de vegetação de preservação permanente ou permitida para algumas espécies vegetais).³⁹²

Entendemos, portanto, que a regra geral aplicável tanto às áreas de preservação permanente como de reserva legal é a da inindenizabilidade. Todavia, há que se levar em consideração os itens apontados por Antonio Herman V. Benjamin e a regra de J. J. Gomes Canotilho, de forma que se a limitação aplicada ultrapassar o normal há que se indenizar o proprietário.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é e sempre será fruto da atividade humana, e, como tal, não pode ficar estagnado no tempo, eis que tudo muda o tempo todo. As regras devem acompanhar a evolução dos tempos, mas, se não há tempo para que o legislador

³⁹² AZEVEDO, 1998, p. 331-332.

faça a devida atualização, há que se atentar para a utilização cada vez maior dos princípios para resolver tais problemas.

A Constituição da República Federativa de 1988 foi importantíssima na questão ambiental ao elevar a direito fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente preservado. Tal atualização constituinte foi fruto da evolução perpetrada na própria sociedade que culminou com a evolução dos direitos em diversas dimensões.

Direitos que eram reconhecidos como absolutos, imutáveis, passaram a ser flexíveis. Passou-se a entender que nada em direito é absoluto, tudo é relativo e deve ser orientado pelos princípios que são responsáveis pela lógica do sistema jurídico.

Os princípios do Direito Ambiental não ficam concentrados neste “ramo”, como uma noção restrita, até porque esta noção de repartições também ficou desatualizada. Como o meio ambiente está em tudo e em todo lugar, seus princípios influenciam todas as demais áreas jurídicas, de maneira a implementar uma releitura de antigos conceitos. Isso foi exatamente o que aconteceu com o direito de propriedade privada.

A propriedade privada passou a ser analisada sob a óptica da função ambiental que desempenha, de modo que o não atendimento pode ensejar consequências gravosas ao proprietário.

Os espaços territoriais especialmente protegidos a que a Constituição se refere podem muito bem recair sobre propriedades privadas e aí se inicia a discussão sobre a possibilidade ou não de tal proprietário ser indenizado por tal situação.

Partindo-se do paradigma eminentemente individualista que elevava o direito de propriedade a condição sagrada, qualquer interferência deveria ensejar o pagamento de indenização. Ocorre que tal paradigma não é mais indiscutivelmente o predominante. A evolução fez com que o individualismo cedesse espaço para uma forma coletiva de se enxergar a realidade.

A instituição das áreas de preservação permanente e de reserva legal não tem o condão de eliminar o direito de propriedade, elas são apenas resultado da aplicação do princípio da função sócio ambiental na propriedade privada, de maneira a estimular seu uso desgarrado do paradigma individualista e mais orientado ao coletivista. Assim, o direito de propriedade só será legitimamente exercido se respeitar sua função sócio ambiental.

Todavia, não se pode concluir de forma simplista que toda vez que se invocar o princípio da função sócio ambiental da propriedade privada, não haverá necessidade de se indenizar o proprietário. A solução do problema passa pela análise real de cada propriedade envolvida, de maneira a se avaliar se houve ou não esvaziamento do conteúdo do direito.

7. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. 940 p.

ARIMATÉA, José Rodrigues. **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. 182 p.

AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. Indenização de áreas de interesse ambiental: pressupostos e critérios. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Advocacia Pública & Sociedade Ano II, n.º 03. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. São Paulo: Max Limonad, 1998. 361 p. 325 - 333.

BENATTI, José Heder. A titularidade da propriedade coletiva e o manejo florestal comunitário. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. v.7. n. 26. p. 126-151. abr/jun 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. V. 1. n. 4. p. 41-60. out/dez. 1996. (A)

____. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**. São Paulo. vol. 01. n.º 02. ano 01. p. 149-169. julho/01. (B)

____. Desapropriação, Reserva Florestal Legal e Áreas de Preservação Permanente. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Advocacia Pública & Sociedade Ano II, n.º 03. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. São Paulo: Max Limonad, 1998. 361 p. 63-79. (C)

____. Função Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. **Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993. 470 p. 09-82 p. (D)

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 217. (A)

____; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução Carmem C. Varriale ... [et al]; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. Obra em dois volumes. (B)

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2001. 230p. (A)

____. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 793 p. (B)

____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 392p. ©

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999. 229p.

____. Função ambiental da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: v. 3. n. 9. p. 67-85. jan/mar. 1998.

CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004, 236p. p. 97

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 109 p.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.208 p.

Congresso Internacional de Direito Ambiental (6.: 2002: São Paulo, Sp) Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 03 a 06 de Junho de 2002: 10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. Organizado por Antonio Herman Benjamin. São Paulo: Imesp, 2002. 840p.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. 226p.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. Et al. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 839 p.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1995, 119p.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2 ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001, 302 p.

____. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. V. 7. n. 27. p. 58-69. jul/set. 2002.

____. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo. V. 20. p. 2817-2837. jul/ago 2003.

DIAFÉRIA, Adriana. O desenvolvimento sustentável e o controle dos poluentes orgânicos persistentes – POP's. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo. Ano I, vol. 06, abril/2001, 845p. 739-754

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 1999. 513 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. 751p.

DUARTE JÚNIOR, Durval. **Paradigmas em mutação: a evolução do conhecimento humano**. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna Ltda, 2004. 118p.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. **Direito ao ambiente e propriedade privada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 324p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. 288 p.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 5 ed. atualizada pelo advogado José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1978. 475p.

FRANCO, José Gustavo de Oliveira. **Direito ambiental: matas ciliares**. Curitiba/Juruá, 2005. 192 p.

GOMES, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. V.17. n. p. 160-187.

GOMES, Orlando. **Direito reais**. 19 ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 496p.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. V. 8. n. 29. p. 115-26. jan/mar. 2003.

GUIMARÃES, Verônica Maria Bezerra. A função ambiental da propriedade. **Revista da Esmape**. Recife. V. 06. n. 13. p. 443-63. jan/jun 2001.

HAONAT, Ângela Issa. Os princípios econômicos na Constituição Federal e o meio ambiente. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo. V. 24. p. 3339-3347. mar/abr 2004.

HELLER, Agnes [et al.] **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI** – Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. 268 p.

KUNH, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva. 2001.p. 257

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 344p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores. 2005, 1092 p.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do direito ambiental brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 88p.

MAGALHÃES, Vladimir Garcia. Reserva Legal. **Revista de direitos difusos**. São Paulo. Ano VI, Vol. 32, jul/ago 2005, 185p. 117-155.

MANGUEIRA, Carlos Octaviano de M. Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente: notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. V. 37. n. 146. p. 229-49. abr/jun 2000.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002. 137p.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 6 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. 298 p.

MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, 1995. 309 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1008p.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: um direito adulto. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. V. 15. n. p. 34-55.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 02. n. 08. p. 05-19. out/dez/1997.

PRADO, Floretan Rodrigo do. O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional da proteção ambiental. **Justiça e Sociedade: Revista Jurídica da FCJAC – UNOESTE**. Presidente Prudente. V. 01. n. 2. p. 136-45. dez 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. 403 p.

_____. **Instituições de direito civil**. Atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 467 p.

REVISTA LATINO-AMERICANA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. Número 02 – julho/dezembro de 2003. Diretor: PAULO BONAVIDES. ISSN 1678-6742. Editora Del Rey. 678 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 364 p.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Volume 05. São Paulo: Saraiva, 1997. 410 p.

SAMESHI, Ricardo Dias; MUKAI, Toshio. Passivo ambiental: considerações. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. Belo Horizonte. V. 1. n. 7. p. 629-33. jan/fev. 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2004. 92 p

____. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 01: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

____ (org). **A globalização e as ciências sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002. 572p

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A servidão ambiental florestal como instrumento de proteção continental do meio ambiente. Disponível em www.oab.org/comissoes/coda/files/artigos{05449877-7D8B-4134-A3D5-DBE9A3BB8C99}_servidaoambiental.pdf. (A) Acesso em 20.01.2006.

____. O direito brasileiro, a prevenção de passivo ambiental e seus efeitos no Mercosul. Disponível em www.busca.legis.ccj.ufsc.br. Acesso em 20.01.2006.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Fundamentos de direito público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 189p.

REVISTA DIREITO EM DEBATE. Ijuí: Unijui, 2002- Semestral. ISSN 0103-9040.

WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. n. 0. p. 158-169.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume III - Direito das coisas. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 423p.