

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO AMBIENTAL

*Paulo Roberto Pereira de Souza**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A nova visão do Direito de Propriedade. 3 Desprivatização do Direito de Propriedade e sua função social. 4 Limitações ambientais e direitos adquiridos. 5 Conclusões.

Palavras-chave: Direito de propriedade - Direito Ambiental.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios a civilização humana estabelece uma relação intrínseca entre a propriedade e a organização social. O exercício do poder se manifestou sempre através da propriedade, que o materializava e mantinha a natureza instintiva do território, própria do mundo animal.

Desde Roma, a propriedade assumiu um caráter egoísta, centrada no indivíduo. Deste modelo, surgiram os principais institutos sociais, que sempre mantiveram uma forte ligação com a preocupação de preservação da propriedade: o casamento, a filiação ilegítima, as defesas possessórias, etc.

A partir da Idade Média, uma mesma propriedade passou a poder pertencer a mais de uma pessoa, através do sistema feudal. A soberania era exercida pelo senhor feudal e o domínio pelo camponês.

Com a revolução francesa e o ataque ao absolutismo do Estado, o povo buscou a proteção de sua liberdade através de um direito de propriedade mais absoluto que o próprio sistema estatal que justificara a revolução. Este direito foi codificado por Napoleão, e a partir daí, passou a influenciar os principais ordenamentos jurídicos do mundo.

Com a revolução industrial, a urbanização, a formação de imensos aglomerados humanos e o fenômeno das sociedades de massa e de risco, o direito passou a ser desafiado a tutelar a coletividade. Desenvolvida a partir das idéias de Leon Duguit, a função social da propriedade passou a ser um dos diversos instrumentos jurídicos que buscaram regular esta nova ordem social, política e econômica. Surgem os direitos da terceira geração,

* Professor e Pesquisador da Universidade Estadual de Maringá, onde foi Reitor de 1982-1986 - Vice-Presidente da ABAA.

chamados coletivos e difusos, e conseqüentemente, ocorre a mudança do foco, passando o direito de propriedade de um direito subjetivo individual para uma concepção mais ampla, coletiva e social. Assim ocorreu a desprivatização do direito de propriedade.

Não demorou muito para que esta nova concepção chegasse ao nível constitucional, e a partir de então, houvesse um cotejamento dos diversos direitos fundamentais, com especial relação entre o direito de propriedade e a preservação ambiental.

A partir da conclusão de que a propriedade e o seu uso possuem estreita relação com o meio ambiente e a sua degradação - assim como se constatou no início do século a relação entre a ordem social e a propriedade - surge a concepção da função ecológica ou ambiental da propriedade.

Trata-se, na realidade, de uma ampliação da já consagrada função social da propriedade, admitindo-se agora, uma nova profundidade e extensão, para abarcar os princípios do microssistema jurídico ambiental. As limitações do direito subjetivo da propriedade também decorrem da necessidade de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial para a sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações.

Abrangendo as categorias especial e geral, as limitações ambientais ao uso da propriedade buscam garantir os atributos essenciais para a proteção da função ecológica dos recursos naturais, instituindo-se diversos institutos com esta finalidade: zoneamento ambiental, limitações relativas à edificação ou não edificação, à disponibilidade ou indisponibilidade da propriedade imóvel, as limitações decorrentes do direito de vizinhança, espaços territoriais especialmente protegidos, dentre outros.

Esta nova configuração jurídica, fundada no texto e nos princípios constitucionais, cria uma série de conseqüências para o mundo dos fatos, com novos e super direitos e seus respectivos deveres. No Novo Código Civil, o legislador esforçou-se para apreender os novos princípios e conceitos da tutela coletiva do bem ambiental. O enfrentamento destes problemas e a análise desta nova realidade jurídica são os principais objetivos do presente artigo.

2 A NOVA VISÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade nasceu como um direito forte, expressão do direito natural, que conferia a seu titular uma faculdade, quase que absoluta, de usar, fruir, livremente dispor de uma coisa, dando-lhe a destinação que melhor lhe conviesse, bem como de reivindicá-la das mãos de quem quer que, injustamente, a detivesse.

No Direito Romano, o direito de propriedade, embora não chegasse a ser absoluto, era dotado de grandes prerrogativas e poderia ser oponível a todos os outros indivíduos. Era exclusivo, não admitindo mais de uma propriedade sobre o mesmo solo, embora pudesse pertencer a vários proprietários. Era perpétuo, na medida em que transmissível por herança; de duração ilimitada, permanente, só poderia ser perdido por confisco penal ou por expropriação em função de utilidade pública.

Como registrou Cunha Gonçalves, “os Romanos definiam a propriedade como *plena in re potestas*, no sentido de que o proprietário pode, em regra, fazer da sua coisa tudo o que melhor lhe aprouver. Este conceito era traduzido por outra fórmula não menos expressiva, que definia o proprietário: *suae quidem quisque rei moderator atque arbiter*. Este conceito é, ainda hoje rigorosamente exato, já se vê, dentro das limitações legais do direito de propriedade. Desta sorte, é mais fácil dizer o que o proprietário não pode fazer, do que esmiuçar todos os atos de administração e disposição incluídos no seu direito”¹.

O Direito Romano nos legou uma visão egoística da propriedade, toda centrada no indivíduo, que poderia livremente decidir pelo uso e destinação da coisa no seu exclusivo interesse.

Os romanos sintetizavam os atributos da propriedade como *jus utendi et abutendi* e as faculdades do proprietário nas expressões: *usus*, *fructus* e *abusus*, ou nos verbos *uti*, *frui* e *abuti*. O *jus utendi* é o direito da pessoa servir de uma coisa para todos os fins a que a mesma pode se prestar; o *jus abutendi* significa os modos de dispor de uma coisa, alienando, emprestando, transformando-a e até destruindo-a; significa, enfim todos os meios e variações possíveis sobre o direito de disposição de uma coisa; com o *ius fruendi*, identifica-se o direito de gozo da coisa, tudo o que a mesma possa proporcionar de renda, benefício, ou o que, por qualquer modo, satisfaça vontades, necessidades ou interesses do proprietário. Cunha Gonçalves mostra que no *ius fruendi* entra, também, o direito de caçar em terras coutadas ou pescar em águas reservadas ao proprietário².

Na Idade Média, o conceito de propriedade se altera e uma mesma propriedade pode pertencer a diferentes pessoas. Surgindo o feudo, onde o senhor feudal exercia os poderes de soberania, garantindo a segurança, exercendo a jurisdição e cobrando tributos. Nesse regime os servos e camponeses produziam para os nobres que possuíam as terras, em troca de uma pagamento pelo uso das mesmas e da segurança que recebiam do senhor feudal. Na verdade os que trabalhavam na terra exerciam um verdadeiro domínio sobre as mesmas, e pagavam aos nobres que ganhavam

¹ *Tratado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Max Liminad, [s.d.].v. XI. t. I, p. 218.

² *Op. cit.*, p. 219.

sem trabalhar, apenas pelo título de nobreza e de domínio sobre determinada área territorial.

Havia uma soberania sobre as terras, exercida pelos nobres e, um domínio, na verdade decorrente do direito de usar e fruir da coisa, que inclusive poderia ser alienado ou transferido. Havia, na verdade, uma superposição de direitos sobre a terra. Observa Carlos Alberto Dabus Maluf a “propriedade pertencia simultaneamente ao soberano, ao suserano e ao vassalo, a fim de garantir aos dois primeiros os seus poderes políticos, jurisdicionais e fiscais que estavam ligados à propriedade da terra. Prosperam, então, diversas formas jurídicas de dissociação da propriedade, como a *enfiteuse*, o *livello* e o *precário*”³.

No final da Idade Média, com o enfraquecimento do Estado há o surgimento dos chamados corpos intermediários, denominação que Montesquieu dava às grandes corporações⁴, que agrupavam comerciantes, artesãos, mestres e aprendizes, os quais passaram a questionar a realidade social, política e econômica da época.

As idéias libertárias tomaram conta da França, resultando na Revolução Francesa, emergindo uma nova classe - a burguesia - que formula um novo pacto social, construindo um novo sistema jurídico.

Nasce o direito moderno, com o Código Civil Francês de 1804, o denominado **Código de Napoleão**, inspirador do Código Civil Brasileiro.

A Revolução acabou por gerar um novo sistema jurídico mudando de mãos os poderes e privilegiando uma nova classe, que assumiu o poder em França. Apesar de todos estes fatores, o fantasma da nobreza ainda assombrava a todos, sendo que o medo de uma volta ao antigo sistema fez com que o novo ordenamento jurídico fosse baseado em regras e princípios extremamente fortes. Como efeito a partir de tais fatos, em nível dos direitos reais, o direito de propriedade torna-se quase absoluto e, no que tange aos direitos obrigacionais impera o princípio da força obrigatória dos contratos, criando o dogma dos contratos e revivendo com toda força o princípio clássico *pacta sunt servanda*.

Com o passar do tempo e em decorrência das profundas mudanças ocorridas no mundo, especialmente em relação ao uso e ocupação do solo, surge uma nova formatação do Direito, uma nova noção de propriedade para atender, agora, não apenas ao interesse individual do seu dono, mas sobretudo às demandas da coletividade. Diante da concentração da população nas áreas urbanas, e do grande crescimento populacional, o mundo passa a ter necessidades cada vez mais crescentes e complexas. Estas

³ Limitações ao direito de propriedade. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 20.

⁴ Cf. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 31

novas necessidades e o grande crescimento da população, aliado à exaustão do modelo econômico ocidental, passaram a exigir a imposição de limites ao direito de propriedade.

Leon Duguit apresenta na França sua inovadora tese da propriedade como função social. Duguit nega a existência de um direito subjetivo de propriedade, conceituando o direito do proprietário como um poder querer, de seu titular, de impor-se aos que contrariarem o exercício de seu direito. Não aceita a propriedade como direito subjetivo absoluto, como era conceituada no Código de Napoleão, devendo antes cumprir sua função social.

Afirma Duguit que a “propriedade é uma instituição jurídica que se formou para responder a uma necessidade econômica, como, por outra parte, todas as instituições jurídicas e que evoluciona necessariamente com as necessidades econômicas. Agora bem, em nossas sociedades modernas, a necessidade econômica, à qual corresponde a propriedade instituição jurídica, se transforma profundamente; por conseguinte, a propriedade como instituição jurídica deve transformar-se também. Por isso, a propriedade individual deixa de ser um direito do indivíduo para converter-se em uma função social. A propriedade não é o direito subjetivo do proprietário: é a função social do detentor da riqueza”⁵.

Duguit foi duramente criticado por seus contemporâneos, que não conseguiam enxergar a possibilidade da convivência do direito de propriedade sem constituir um direito subjetivo. Nesta nova concepção, a propriedade passa a ser considerada a partir de uma perspectiva social, impondo ao proprietário deveres e submetendo-a ao atendimento de interesses coletivos.

A Constituição de Weimar, de 1919, apresenta este novo conceito de propriedade ao estatuir em seu artigo 153 que a “propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites serão fixados em lei. A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve ser igualmente no interesse geral”.

Esta nova visão do direito de propriedade, foi robustecida pela manifestação influente da Igreja, através dos filósofos e pensadores católicos, como expressão desse movimento, podemos citar as encíclicas *Rerum Novarum*, de Leão XIII, *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, *Mater et Magistra*, de João XXIII e, mais recentemente, entre nós, as manifestações das Campanhas da Fraternidade, das ações de comunidades eclesiais de base e da Pastoral da Terra.

⁵ DEGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. Carlos G. Posada. 2. ed. Madrid: Beltrán, [s.d.], p. 168.

Como constata Junger Habermas, a nova realidade faz com que o Estado venha a interferir na esfera privada, por reconhecer que “as grandes massas, agora admitidas à cogestão, conseguem traduzir os antagonismos econômicos em conflitos políticos: as intervenções vão em parte ao encontro dos interesses dos economicamente mais fracos”⁶.

O direito subjetivo do proprietário passa a sofrer sérias limitações decorrentes da nova ordem econômica e social. Isto, em decorrência das grandes pressões, resultantes do fenômeno da urbanização, e das novas demandas da população. Impuseram-se ao proprietário deveres para com a coletividade, chegando, praticamente, ao fim da dicotomia **público - privado**, com o surgimento de novos interesses que não chegam a criar um direito alheio sobre a propriedade privada, mas impõem um dever jurídico ao proprietário, de usá-la, no caso da proteção ambiental, sem comprometer a vida das gerações presentes e futuras.

3 DESPRIVATIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Quando se diz que a propriedade privada tem função social, na verdade, está se afirmando que ao proprietário se impõe o dever de exercer o seu direito de propriedade não mais, unicamente, em seu próprio e exclusivo interesse mas, também, em benefício da coletividade. Assim, é precisamente o cumprimento da função social e de uma nova postura cobrada pela coletividade, o que legitima o exercício do direito de propriedade pelo seu titular.

O direito de propriedade deve ser entendido como um direito de uso limitado, pelas exigências de utilização racional da propriedade, de maneira a atender às necessidades da sociedade e da obrigação de seus uso sustentável.

O *jus utendi et abutendi*, ou seja aquele direito ilimitado de usar a coisa para todos os fins possíveis, livremente dispondo da mesma, inclusive destruindo-a, consagrado nas expressões romanas *usus*, *fructus* e *abusus*, não mais existe. A propriedade subordinada às vontades, anseios, desejos e até delírios de seu *dominus* desapareceu. Como ensina Mateo, “todos os direitos subjetivos, como o nome indica, são direitos de cunho individualista e antrópico, enquanto que o direito ambiental tem um substratum intrinsecamente coletivo e naturista que pretende proteger ao homem desde logo, porém também ao meio terráqueo enquanto tal. A partir daqui os

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública; investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 174.

inconvenientes que decorrem da catalogação dos direitos, conforme o esquema tradicional”⁷.

A inserção do conceito de função social na idéia de propriedade implica, sobretudo, na superação do entendimento tradicional das expressões pública e privada. Há, na verdade, uma nova característica do direito de propriedade, que traz no seu bojo um dever de se praticar um uso adequado da propriedade de tal modo que ela seja preservada para atender às necessidades das gerações futuras e, ao mesmo tempo, assegure sua utilidade às gerações presentes. Dessa forma, não se trata, apenas, de um limite ao direito mas da imposição de um dever, ora positivo, ora negativo, de usar conforme às exigências da lei. A lei, no que se refere ao aspecto ambiental, atende aos anseios da sociedade, inclusive das gerações futuras.

Com efeito, hoje os interesses transcendem estas categorias, pode-se falar de um interesse que é ao mesmo tempo público, privado, difuso, coletivo, individual homogêneo, particular e geral, dependendo do ângulo que seja feita a análise e do bem jurídico tutelado. Sobre o assunto, assim se expressa Maria Luisa Faro Magalhães: “vem paulatinamente sofrendo uma crescente **desprivatização**. O termo é aqui empregado, não no sentido da antítese do caráter privado da propriedade (estatização) mas no sentido de sua crescente **publicização**. [...] **Desprivatização**, aqui, não supõe diminuição do conteúdo do direito de propriedade, não sugere achatamento dessa clássica e basilar coluna de sustentação da ideologia da grande maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Significa, tão somente, delimitação da extensão desse direito, condicionamento do seu exercício, sem comprometimento ou supressão do seu conteúdo”⁸.

A função social da propriedade vem sendo incorporada por todas as Constituições que, modernamente, foram revisadas; e pelos sistemas jurídicos contemporâneos.

Entre nós, a Constituição Federal garante o direito de propriedade, como fundamental, mediante o atendimento de sua função social (artigo. 5º, inciso XXIII), bem como mediante o atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no seu plano diretor; e, no caso da propriedade rural, mediante, o aproveitamento racional e adequado do solo e, simultaneamente, da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e da preservação do meio ambiente (artigos 182, § 2º, e 186, incisos I e II). A Constituição ao enunciar os princípios da Ordem Econômica, no seu artigo 170, proclama que esta tem por fim assegurar, a todos, existência digna conforme os ditames da justiça social, observando-se,

⁷ MATEO, Ramón Martín. *Tratado del derecho ambiental*. Madrid: Tribium, 1992. v. 2, p. 145.

⁸ Função social da propriedade e meio ambiente - princípios reciclados. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 148.

entre outros princípios, função social da propriedade e defesa do meio ambiente (artigo 170, incisos III e V). Esta combinação dogmática de utilização racional dos recursos naturais, defesa do meio ambiente e função social da propriedade, nos legitima a falar em uma função ecológica da propriedade, reafirmando, como sua função precípua, assegurar a todos uma existência digna e um meio ambiente equilibrado e sadia qualidade de vida.

Em decorrência desta função ecológica da propriedade, podemos justificar, juridicamente, a possibilidade de limitações do direito subjetivo de propriedade, que fica reduzido, uma vez que não se legitima o uso anti-ecológico da mesma. Tem sido uma tarefa difícil para o operador do Direito, na prática, aplicar tais conceitos tão solidamente inseridos no ordenamento jurídico. Esta construção doutrinária, recente entre nós, tem sido recebida com muita resistência pelo conjunto de proprietários, especialmente os rurais, bem como por alguns operadores do Direito, que ainda não enxergaram a existência, dentro de nosso sistema jurídico, do direito constitucional de limitar o exercício do direito subjetivo de propriedade, quando este se confronta com outro direito fundamental da população que é o direito a um meio ambiente equilibrado. Ainda são encontráveis julgados de nossos Tribunais sustentando o direito absoluto de propriedade, não reconhecendo a possibilidade de atos dos poderes legislativo ou executivo, de limitar o uso de propriedade diante do interesse coletivo e, especialmente, de sua função ecológica, havendo até quem entenda absurdamente como **desapropriação indireta** os casos de limitação ao direito de propriedade.

4 LIMITAÇÕES AMBIENTAIS E DIREITOS ADQUIRIDOS

As limitações ao direito de propriedade não representam novidade, uma vez que já existiam desde priscas eras do Direito, no interesse da saúde, da segurança ou do próprio Estado.

As limitações podem ser gerais ou especiais.

Entre as gerais, merecem destaque o zoneamento urbano, limitações relativas à edificação ou não edificação, à disponibilidade ou indisponibilidade da propriedade imóvel (por interesse público, por exigências de segurança ou saúde pública, da navegação aérea, da defesa artística, do patrimônio artístico, estético, arquitetônico e arqueológico ou outras exigências de ordem cultural), ou, ainda, as limitações decorrentes do direito de vizinhança.

As especiais decorrem de circunstâncias ou atributos peculiares a um determinado imóvel, como cobertura florestal, localização em área de especial, importância turística e aquelas que, em geral, determinam o

cumprimento da função ecológica da propriedade, são estas últimas o objeto desta análise.

A Constituição Federal deixa clara a existência de uma obrigação *propter rem*, inerente ao próprio exercício do direito de propriedade o respeito às limitações impostas pela lei ordinária. Assim, enquanto o Poder Público não interferir na esfera jurídica do titular do direito de propriedade eliminando todos os seus atributos, não há que se falar em conduta antijurídica, ou no surgimento de qualquer direito a indenização ou reparação em face da limitação estabelecida. Sempre que o interesse coletivo o determinar, a propriedade deverá cumprir sua função social; ou numa análise específica, a sua função ecológica. Tal como conclui com propriedade Antonio Herman Benjamim “o direito de propriedade é reconhecido constitucionalmente, mas seu conteúdo final é determinado pela legislação ordinária; o que permite o estabelecimento de limitações a tal direito, sem que seu proprietário tenha direito a qualquer indenização, ou possa pleitear uma desapropriação indireta”⁹.

Dessa forma, se os limites estabelecidos dizem respeito ao uso da propriedade e são, portanto, de natureza intrínseca - como nas hipóteses das áreas de reserva legal, de preservação permanente, de limitações de uso em geral, de proibição de certas atividades no interior do imóvel (casos de instituição de zona de proteção ambiental (ZPA), de área de proteção ambiental (APA), de área de especial interesse turístico (AEIT), ou área de relevante interesse ecológico (ARIE)), sendo tais limitações decorrentes da função social ou da função ecológica da propriedade - não haverá, para o proprietário, direito a qualquer indenização, uma vez que continua com o domínio e posse dos imóveis, com o direito de exclusão, no sentido de que poderá restringir o ingresso de pessoas no imóvel e poderá manter atividade econômica que não conflite com a preservação dos atributos ambientais do imóvel, determinantes da restrição ou limitação.

Limitações ao direito de propriedade tais como a proibição do cultivo de certas culturas, práticas culturais, ou atividades econômicas (p. ex. as hipóteses de corte raso de florestas, de corte de árvores de significativo valor genético ou de importância para o desenvolvimento de fármacos, do uso para pastoreio em áreas de solos sensíveis, considerados como tais em plano de manejo de unidade de conservação) não ensejarão aos proprietários dos imóveis afetados o direito a qualquer indenização. A respeito da matéria, em memorável conferência, Antonio Herman Benjamim, afirmou que na “esfera dos limites internos, por conseguinte, não se pode falar em

⁹ BENJAMIM, Antonio Herman. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. In: *5 Anos após ECO-92, Congresso Internacional de Direito Ambiental. Anais*. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 1997, p. 17.

desapropriação, pois um ônus indissociável da propriedade não tem o dom de ser, a um só tempo, seu **elemento** e uma intervenção desapropriadora. Não se pode compensar, pela negação (=desapropriação) de um direito que não se tem. Tais figurantes internos colocam-se como condicionadores *a priori* do direito de propriedade. No geral, a proteção do meio ambiente, no sistema constitucional brasileiro, não é uma incumbência imposta **sobre** o direito de propriedade, mas uma função inserida **no** direito de propriedade, dele sendo fragmento inseparável. Em resumo, os limites internos não aceitam o dever de indenizar, exatamente porque fazem parte do feixe de atributos necessários ao reconhecimento do direito de propriedade”¹⁰.

Por outro lado, se a limitação ou restrição ao direito de propriedade eliminar, por completo, o uso econômico da propriedade, ou o direito de alienação, ou ainda o direito de exclusão, então sim se configura uma ofensa efetiva ao direito de propriedade, emergindo para seu titular jus à indenização, podendo considerar-se tal ato como uma desapropriação indireta. É o que ocorre nas hipóteses de instituição de algumas unidades de conservação, assim como parques, nacional, estadual ou municipal, estações ecológicas¹¹, reservas biológicas¹² e as reservas indígenas e extrativistas.¹³ É ainda Antonio Herman Benjamim quem oferece um critério prático para determinação das situações quando cabe e quando não cabe indenização em decorrência da instituição de restrição ambiental sobre imóveis; o ato do poder público caracterizar-se-á como desapropriação indireta quando “aniquilar o direito de exclusão (dando ao espaço privado fins de uso comum do povo, como ocorre com a visitação pública nos parques estaduais); eliminar, por inteiro, o direito de alienação; inviabilizar, integralmente, o uso econômico do proprietário, na completa extensão daquilo que é seu”¹⁴.

¹⁰ Op. cit., p. 20.

¹¹ Lei nº 6.902/81 - Art. 1º Estações Ecológicas são áreas representativas de ecossistemas brasileiros, destinadas à realização de pesquisas básicas e aplicadas de Ecologia, a proteção do ambiente natural e ao desenvolvimento da educação conservacionista.

Art. 2º As Estações Ecológicas serão criadas pela União, Estados e Municípios, em terras de seus domínios, definidos, no ato de criação, seus limites geográficos e o órgão responsável pela sua administração.

¹² O artigo 18 da Lei nº 6.938/91, considera como **Reservas Biológicas**, as **áreas de preservação permanente** elencadas no artigo 2º, do Código Florestal. O mesmo artigo considera transformadas em reservas ou estações ecológicas, o mesmo ocorrendo com os “pousos das aves de arribação protegidas por convênios, acordos ou tratados assinados pelo Brasil com outras nações”.

¹³ O Decreto nº 99.897/90, determina que as **Reservas Extrativistas** poderão ser criadas pelo Poder Executivo, em espaços territoriais considerados de interesse ecológico e social. Determina também em seu artigo 3º, que o IBAMA fica incumbido das providências necessárias para viabilizar as desapropriações, o que demonstra que nesta hipótese, haverá direito de indenização ao proprietário.

¹⁴ Op. cit., p. 25.

Em uma das hipóteses acima, ainda que não se tenha iniciado um processo expropriatório, emergirá para o proprietário o direito de ser indenizado pelo valor de mercado do imóvel, estando legitimado a propor ação de indenização por desapropriação indireta. Nesta modalidade de ação, a lide se resumirá na verificação de ter, ou não, o Poder Público praticado atos que eliminem ou interfiram no direito de propriedade, de maneira a descaracterizá-lo; e, em caso positivo, fixar-se-á o do valor da indenização.

A ação de desapropriação indireta tramitará pelo procedimento comum, rito ordinário. E o que ocorre quando o Poder Público determina medidas que ofendem o direito de propriedade, não tomando qualquer iniciativa para instauração do processo expropriatório, como nos casos de criação de parques, de reservas biológicas, extrativistas ou indígenas, quando o proprietário tem o seu direito de propriedade praticamente extinto, não recebe qualquer indenização e o Poder Público, em geral, por não dispor de recursos orçamentários e financeiros para fazer frente às indenizações, sequer inicia o processo expropriatório. Nestes casos os proprietários estarão legitimados a propor ações de indenização por desapropriação indireta. Na hipótese de ocorrer uma expropriação do imóvel, no processo, o proprietário poderá discutir somente o valor da indenização, por se tratar de cognição parcial exauriente, uma vez que o mérito do decreto expropriatório não pode ser objeto da cognição. A indenização deve tomar por base o valor da terra nua tendo em vista o seu potencial econômico, assim como as benfeitorias eventualmente existentes. Se a terra está coberta de floresta, nunca serviu a qualquer atividade econômica e é lugar de difícil acesso, seu valor deve ser calculado com base no que normalmente valeria a terra nua em igual circunstância, exatamente nos termos do que é praticado por particulares¹⁵.

As áreas de reserva legal e de preservação permanente não podem ter a sua destinação alterada impondo-se ao proprietário o dever jurídico de mantê-las e preservá-las para as gerações atuais e futuras. Trata-se de obrigação *propter rem*, da qual não se libera a coisa. Não é atributo do sujeito, titular do direito de propriedade, mas da própria coisa. Assim, não importa quem desmatou ou destruiu uma área de reserva legal ou de preservação permanente, haverá sempre para o titular do domínio o dever

¹⁵ Assim decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 16ª Câm. Cível, Relator Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, quando concluiu que: Ação de desapropriação direta. Área expropriada que nunca foi explorada pelos proprietários, pois situada na Serra do Mar. Desapropriação objetivando criação de estação ecológica de Juréia-Itatins. Mata que não enseja exploração econômica em face da inexistência de acesso e topografia montanhosa. Indenizabilidade da cobertura vegetal, sob pena de enriquecimento ilícito do proprietário em detrimento da coletividade. ... Expropriados que nunca exploraram o imóvel desapropriado não podem ser beneficiados com juros compensatórios que objetivam ressarcir os lucros cessantes decorrentes da antecipada imissão na posse do imóvel efetivamente explorado. *Revista de Direito Ambiental*, ano 2, v. 5, 1997, p. 124.

jurídico de recompor a área de cobertura florestal obrigatória. Na verdade, a reserva legal é perpétua, acompanhará para sempre o imóvel, ainda que tenha ocorrido desmembramentos ou subdivisões, até mesmo em caso de invasões (no caso de invasão pelos sem-terras, os mesmos também tem o dever jurídico de observar a preservação de tal limitação ao direito de uso, porventura incidente sobre a terra invadida).

Merece destaque, ainda, o fato de que, no caso em estudo, a responsabilidade pela reparação do dano é objetiva e nesta hipótese, como mostra o Professor Nelson Nery Júnior,¹⁶ as consequências são as seguintes: “a) prescindibilidade da culpa para o dever de reparar; b) irrelevância da licitude da atividade; c) irrelevância do caso fortuito e da força maior como causas excludentes da responsabilidade”.

Outro problema a considerar-se é o da situação jurídica de proprietários de imóveis gravados com o ônus da reserva legal ou de preservação permanente para fins ambientais que tentam liberar-se do ônus de manter tais áreas, propondo a sua venda ao Poder Público para a criação de parques, ou áreas de preservação. Admitamos a hipótese de que um proprietário mantenha uma área de alguns milhares de hectares, com cobertura florestal, a qual é remanescente de um loteamento, ou de desmembramento, constituindo-se área de reserva legal. A aquisição de tal área pelo Poder Público, para fins de preservação, poderá caracterizar ato lesivo ao mesmo. A lesividade do ato decorrerá do fato de o Poder Público desonerar o particular de uma obrigação perpétua e gratuita e assumir o dever jurídico daquele, utilizando-se de recursos do contribuinte. Em razão da lesividade do ato, a autoridade que o praticar estará sujeita a sofrer ação popular, para anular a aquisição; e, ainda, responsabilizá-la pelos prejuízos causados aos cofres públicos. A reserva legal, por se tratar de obrigação gratuita não ensejará qualquer indenização por parte do poder público. É a conclusão sempre segura de Paulo Affonso Leme Machado¹⁷, quando observa que, considerada a generalidade da obrigação de instituir reservas florestais, não cabe indenização ao proprietário por parte do Poder Público.

5 CONCLUSÕES

A humanidade vivenciou a evolução de uma propriedade egoísta, centrada no indivíduo, desde os primórdios de Roma, para uma nova concepção de propriedade com funções coletivas e sociais, e na sequência, para uma propriedade revestida de interesses difusos.

¹⁶ A responsabilidade por dano ecológico e a ação civil pública. *Justitia*, São Paulo, v. 126, 1984, p. 170.

¹⁷ *Direito Ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 439

A base de uma propriedade absoluta, entretanto, que nasceu dos princípios libertários da Revolução Francesa, ainda persiste na cultura brasileira, que teve até o final do ano de 2002, vigente o Código Civil de 1916, sabidamente modelado no Código de Napoleão. Esta influência se faz sentir tanto nas simples condutas dos proprietários até nas decisões dos Tribunais de Justiça, numa tentativa historicamente frustrada de salvar o caráter absolutista e egoísta da propriedade.

Porém, a revolução silenciosa provocada pelas normas ambientais começou a gerar seus efeitos. Partindo da preocupação dos movimentos ambientalistas do início da década de setenta, passando pelas pressões internacionais, o Brasil assistiu a incorporação de um direito fundamental ao texto de sua Constituição Federal. A partir da criação deste novo microsistema jurídico, com princípios e normas próprias, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a vida com qualidade ganhou novas forças.

Além do acompanhamento das normas processuais, fornecendo valiosíssimos instrumentos para a efetividade desta nova categoria de direitos, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, a Constituição Federal também garantiu a participação de um órgão fundamental na proteção dos direitos coletivos e difusos: o Ministério Público.

Mas nenhuma destas evoluções teria sido possível não fosse a imprescindível evolução do direito material, do direito de propriedade. Através da sua constitucionalização, cercado de princípios fundamentais como a função social e a função ambiental, o direito de propriedade assumiu verdadeiramente uma nova postura, muito além da tradicional relação econômica e de poder, revelou-se este instituto como um dos grandes elementos asseguradores da efetividade do Direito Ambiental.

Desde Leon Deguit, a concepção de uma função social da propriedade veio ganhando o apreço dos juristas, e na sequência, dos legisladores, passando a incorporar, mais recentemente, os textos legais dos principais ordenamentos jurídicos no mundo. Esta nova visão gerou a cisão da clássica divisão entre o público e o privado, com a desprivatização do direito de propriedade e a criação de novas teorias que culminaram na terceira geração de direitos: os direitos metaindividuais, coletivos e difusos.

Nesta nova ordem jurídica, em que a função social da propriedade encontra-se com o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, como verdadeiro direito à vida com qualidade, para criar a função ambiental da propriedade, surgem as limitações ambientais e o confronto com a figura do direito adquirido.

Enquanto as limitações ao direito de propriedade não atingirem seus atributos essenciais, não há que se falar em conduta antijurídica, ou no

surgimento de qualquer direito à indenização ou reparação em face da limitação estabelecida. Dessa forma, os limites estabelecidos dizem respeito ao uso da propriedade e são, portanto, de natureza intrínseca, ou seja, próprios da coisa - *propter rem*.

Solução diversa terá quando a limitação ou restrição ao direito de propriedade eliminar, por completo, o uso econômico da propriedade, ou o direito de alienação, ou ainda o direito de exclusão, configurando, então, uma ofensa efetiva ao direito de propriedade, com a criação do direito à devida indenização, podendo considerar-se tal ato como uma desapropriação indireta.

A nova configuração do direito de propriedade, limitado por princípios sociais e pela necessidade de preservação ambiental e elevado ao nível constitucional, assumiu a importante função de garantir a efetividade destes direitos fundamentais e do próprio Direito Ambiental, sustentado em uma nova ética e em um novo modelo de desenvolvimento sustentado.