

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CAMPUS DE SANTO ANGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

A SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO
AMBIENTAL: A EXIGÊNCIA DA RESERVA LEGAL

JOSE OZORIO VIEIRA DUTRA

SANTO ANGELO/RS

2010

JOSE OZORIO VIEIRA DUTRA

A SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO
AMBIENTAL: A EXIGÊNCIA DA RESERVA LEGAL

Dissertação para obtenção do título de Mestre em
Direito, Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo
Ângelo, Departamento de Ciências Sociais
Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito-
Mestrado.

Orientadora: Professora Doutora Liliana Locatelli

Santo Ângelo/RS

2010

JOSE OZORIO VIEIRA DUTRA

A SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO
AMBIENTAL BRASILEIRO: A EXIGÊNCIA DA RESERVA LEGAL

Dissertação de Mestrado submetido à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em
Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões –
Campus de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre
em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: II – Cidadania e
Formas Alternativas de Solução dos Conflitos

Comissão Julgadora:

Prof. Dra. Liliana Locatelli, Doutora em Direito

Orientadora

Prof. Dr. Paulo Vanderlei Vargas Gröff, Doutor em Direito Constitucional

Examinador

Prof. Dr. Braulio Otomar Caron, Doutor em Agronomia

Examinador

Santo Ângelo (RS), 21 de janeiro de 2010

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa ZULEICA e aos meus filhos JULIAN, BRUNO e LUCAS, pelo apoio, amor e compreensão, aos quais dedico o presente trabalho.

A minha orientadora Doutora Liliana Locatelli pela dedicação e paciência.

Aos amigos que conquistei durante o curso, colegas, professores, coordenação e secretaria do Mestrado. Muito obrigado a todos!

RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade abordar o conflito entre o direito de propriedade e o direito ambiental na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, especificamente acerca da exigência da reserva legal. No primeiro capítulo são estudados os direitos fundamentais, a evolução histórica e as transformações que tais direitos passaram nos diversos períodos da história política e jurídica do País, até se consolidarem no constitucionalismo contemporâneo brasileiro, servindo de fundamento teórico a presente pesquisa. A partir da análise destes direitos, no segundo capítulo se desenvolve um estudo acerca da proteção ao meio ambiente como uma das funções sociais da propriedade. Observa-se que, não obstante o direito ambiental se firme como compromisso da coletividade e do Poder Público, isto não deve significar a negação do direito de propriedade que se consolidou historicamente como direito fundamental. Por fim, no terceiro e último capítulo é feita uma análise sobre a solução do conflito entre o direito de propriedade e o direito ambiental, especificamente, na questão da aplicação do Código Florestal brasileiro que impõe a obrigatoriedade da reserva legal nas propriedades rurais, de modo indiscriminado. A solução adequada desse conflito, conforme o entendimento aqui defendido dar-se-á mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. O presente trabalho foi desenvolvido através da metodologia monográfica e dedutiva, utilizando a pesquisa bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, artigos da internet, textos legais, projetos de leis e substrato jurisprudencial.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais – Direito de Propriedade – Direito Ambiental.

RESUMEN

Esta investigación pretende abordar el conflicto entre el derecho de propiedad y el derecho ambiental a la luz de la teoría de los derechos fundamentales, específicamente acerca del requisito de reserva legal. En las cubiertas de primeras capítulo los derechos fundamentales, el desarrollo histórico y las transformaciones que esos derechos han pasado en diversos períodos de la historia política y jurídica del país, incluso si se consolide en el constitucionalismo contemporáneo, sirviendo brasileño teórica a esta encuesta. Desde el análisis de estos derechos, en el segundo capítulo desarrolla un estudio sobre la protección del medio ambiente como una de las funciones sociales de la propiedad. Señaló que, a pesar del derecha firme compromiso ambiental de la colectividad y como las autoridades públicas, esto no debe significar la denegación del derecho de propiedad que históricamente se ha consolidado como un derecho fundamental. Por último, en el tercer y último capítulo se hace un análisis sobre la solución del conflicto entre el derecho de propiedad y el derecho ambiental, concretamente, la cuestión de la aplicación del código de la selva brasileña que aplica obligatoria reserva legal en propiedades rurales, indiscriminadamente. La solución de este conflicto, como aquí se defendió de entendimiento será aplicando el principio de proporcionalidad. Este trabajo fue desarrollado a través de metodología monográfico de retrospectiva y deductivo, utiliza la búsqueda bibliográfica de autores nacionales y extranjeros, artículos de internet, proyectos, los textos jurídicos de las leyes y el sustrato judicial.

Palabras-clave: Los Derechos Fundamentales – Derecho a la Propiedad – Derecho Ambiental.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1 A evolução histórica dos direitos fundamentais	11
1.1.1 Na Idade Antiga	13
1.1.2 Na Idade Média.....	14
1.1.3 Na Idade Moderna.....	14
1.1.4 Na Idade Contemporânea	15
1.1.5 O Estado Liberal	15
1.1.6 O Estado Social.....	16
1.1.7 Estado Democrático de Direito	17
1.2 As dimensões de direitos fundamentais.....	18
1.2.1 Os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão	18
1.2.2 Os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão	19
1.2.3 Os Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão.....	20
1.2.4 Os Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão.....	20
1.2.5 Os Direitos Fundamentais de Quinta Dimensão.....	21
1.3 Os Direitos Fundamentais e as Constituições Brasileiras.....	21
1.3.1 A Constituição Imperial de 1824	22
1.3.2 A Constituição Federal de 1891	23
1.3.3 A Constituição Federal de 1934.....	24
1.3.4 A Constituição Federal de 1937.....	25
1.3.5 A Constituição Federal de 1946.....	26
1.3.6 A Constituição Federal de 1967.....	27
1.3.7 A Constituição de 1969	27
1.3.8 A Constituição Federal de 1988.....	28
1.4 Os Direitos Fundamentais e a Constituição Brasileira de 1988.....	28
1.5 A classificação dos direitos fundamentais e a Constituição de 1988.....	30
1.6 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais	31
1.6.1 A Teoria dos <i>Quatro Status</i> de George Jellinek	32
1.6.2 Os Direitos Fundamentais na Qualidade de Direitos de Defesa	34
1.6.3 Os Direitos Individuais e Coletivos (Art. 5º, Da CF/88), como Direitos de Defesa.....	35
1.6.3 Os Direitos Fundamentais como Direitos a Prestações.....	36
1.7 Conceito de normas de direitos fundamentais e conceito de direitos fundamentais.	37
1.7.1 A Polêmica Sobre Norma e o seu Conceito Semântico	39
1.7.2 A Teoria das Normas de Direitos Fundamentais de Friedrich Muller quanto ao Conceito de Norma.....	40
1.8 A Clássica dicotomia Direito Privado e Direito Público e a Nova dicotomia Direito Individual e Coletivo.....	41
1.8.1 A Nova Dicotomia Direito Individual e Direito Coletivo	42
1.8.2 A Dicotomia Direito Público e Privado – a Constitucionalização do Direito Privado ...	43
1.8.3 Direito Coletivo e Interesse Coletivo	44
1.8.4 Conceito de Direito Coletivo	45
1.8.5 Espécies e Características de Direito Coletivo	45
1.8.6 Direitos e Interesses Difusos.....	46
1.8.7 Direitos ou Interesses Coletivos em Sentido Estrito	47
1.8.8 Direitos ou Interesses Individuais Homogêneos.....	47

2 A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE	49
2.1 A evolução histórica do direito de propriedade	49
2.1.1 Na Grécia Antiga.....	52
2.1.2 Na Roma Antiga.....	54
2.1.2.1 A Propriedade no Direito Romano.....	55
2.1.3 Na Idade Média.....	55
2.2 A evolução do direito de propriedade no Brasil.....	56
2.3 A função social da propriedade no direito brasileiro.....	57
2.3.1 Conceito da Função Social da Propriedade	58
2.3.2 A Função Social da Propriedade na Constituição Federal de 1988	59
2.3.3 A Função Social da Propriedade e a Ordem Econômica.....	60
2.3.4 O Art. 186 da Constituição Federal de 1988	61
2.3.5 A Problemática do Inciso II do Artigo 185 da Constituição Federal de 1988.....	64
2.4 O direito de propriedade no Código Civil de 2002.....	65
2.5 O surgimento do Direito Ambiental Brasileiro	68
2.5.1 O Direito Ambiental nas Constituições Brasileiras	71
2.6 O meio ambiente na Constituição de 1988	73
2.7 A proteção ao meio ambiente como princípio da ordem econômica	74
2.8 O direito de propriedade e o meio ambiente.....	75
3 A SOLUÇÃO PARA O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO AMBIENTAL: A EXIGÊNCIA DA RESERVA LEGAL.....	77
3.1 Considerações sobre o princípio da unidade da Constituição Federal e da proporcionalidade.....	78
3.2 A exigência da reserva legal e os princípios constitucionais.....	84
3.3 Natureza Confiscatória da Reserva Legal.....	87
3.4 O Decreto n. 6.514/08	88
3.5 A reserva legal como servidão administrativa	88
3.6 A reserva legal como limitação administrativa	90
3.7 A Reserva Legal em áreas verdes urbanas, áreas de preservação permanente e espaços territoriais protegidos.....	90
3.8 A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.....	92
3.9 Algumas formas de solucionar o conflito entre o direito de propriedade e o direito ambiental.....	95
3.9.1 O Ato Declaratório Ambiental – ADA.....	95
3.9.2 Cotas de Reserva Florestal.....	97
3.9.3 Termo de Ajustamento de Conduta.....	98
3.10 A necessidade de uma nova política florestal	99
3.11 A solução do conflito entre o direito de propriedade e o direito ambiental	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	106
REFERÊNCIAS.....	110

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade o estudo do conflito entre o direito de propriedade e o direito ambiental na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, resultante da linha de tensão provocada pelo confronto entre o direito de propriedade e as normas que tutelam o meio ambiente, especificamente, pela aplicação do Código Florestal no caso da exigência da reserva legal nas propriedades rurais, de forma indiscriminada, como instrumento de efetivação de política pública de preservação ambiental.

No desenvolvimento da pesquisa é usada a metodologia monográfica e dedutiva, através da pesquisa bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, artigos da internet, textos legais, projetos de leis e substrato jurisprudencial.

O objetivo da pesquisa é saber se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito coletivo fundamental de todos e dever do Poder Público consagrado na Constituição Federal, é legítimo para sacrificar direito individual mediante a imposição de restrições ao direito de propriedade, em razão da aplicação do Código Florestal que obriga a criação da reserva legal?

Neste sentido, levantam-se algumas questões complementares para compreender e responder o problema: Qual a interpretação que deve ser feita na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, como no caso hipoteticamente analisado? Uma vez caracterizada a colisão entre dois direitos fundamentais individuais e coletivos (direito de propriedade e direito ambiental), é possível a exclusão de um pelo outro?

É através do estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Função Socioambiental da propriedade rural que se encontrará a resposta aos questionamentos acima, destacando o princípio da unidade da Constituição e o princípio da proporcionalidade.

Para esse desiderato, a pesquisa é dividida em três capítulos: no primeiro capítulo são examinados os direitos fundamentais, iniciando com a análise histórica desde a idade antiga, período em que não havia consenso sobre a origem desses direitos, constando-se que foi partir do surgimento das Cidades-Estados gregas que se tem o primeiro exemplo de democracia constitucional

É, porém, na idade média, com a Carta Magna Inglesa de 1.215, do Rei João Sem Terra, que se verifica o marco histórico formal do constitucionalismo medieval e da proteção aos direitos fundamentais individuais.

Na idade moderna (1.543 a 1.789), sob a influência das ideias iluministas, fundamento da Revolução Americana de 1776, é que foi assegurado o direito de igualdade e de liberdade aos homens, influenciando a Revolução Francesa de 1789, que constitui o marco histórico formal do constitucionalismo contemporâneo, surgindo, a partir de então, os paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático, quando se definem a primeira, segunda, terceira e quarta dimensões de direitos fundamentais.

Opta-se pelo uso da expressão “dimensões” de direitos fundamentais em razão das críticas feitas pela doutrina nacional e estrangeira ao termo “gerações”, que dá a falsa impressão de substituição gradativa de um direito por outro, enquanto a terminologia “dimensões” tem a conotação de cumulação e complementaridade, concepção mais aceita na doutrina contemporânea.

Na compreensão do tema objeto da pesquisa é importante destacar a evolução dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras, a partir da Constituição Imperial de 1824, que passou a consagrar o direito de propriedade como direito individual fundamental, por influência do liberalismo clássico fundamento da Revolução Francesa (1789), confirmado em todas as Constituições posteriores, até a Constituição Federal de 1988, que consolidou os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito, inserindo novos direitos e um capítulo inteiro dedicado ao direito ambiental, constatando-se que os direitos fundamentais conquistaram significativo espaço ao longo dos anos e foram ampliados a cada nova Constituição.

Somente a partir da Constituição Federal de 1988, é que os direitos fundamentais foram postos no centro do debate político e jurídico brasileiro, o que se verifica pela localização topográfica do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional, sendo o propósito do constituinte dar maior importância aos direitos fundamentais, consolidando os princípios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos no texto constitucional, inclusive, tendo consagrado direitos fundamentais inéditos, como por exemplo, o racismo e a tortura tornados crimes inafiançáveis e os direitos dos trabalhadores significativamente ampliados.

No segundo capítulo é analisada a função socioambiental do direito de propriedade, partindo-se do estudo da evolução histórica da propriedade e da sua função social, através da pesquisa doutrinária e de textos legais que regulam a matéria no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Terra, do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002.

O propósito é demonstrar o surgimento e a evolução do direito de propriedade no sistema jurídico brasileiro, consagrado como direito fundamental individual a partir da Constituição Imperial de 1824 e em todas as Constituições Federais que a sucederam, sendo que com o advento da Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade foi constitucionalizada.

O terceiro e último capítulo culmina com a problematização da questão objeto da pesquisa, através da abordagem sobre o conflito entre o direito individual de propriedade e o direito coletivo à preservação ambiental em razão da exigência da reserva legal nas propriedades rurais, na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, apresentando a solução que se entende como sendo a solução mais adequada para resolver o confronto entre direitos fundamentais que se apresentam no mesmo nível de hierarquia constitucional.

É neste capítulo que se encontra a resposta que se entende a mais adequada ao tema problematizado.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicia-se o presente capítulo com a historicidade dos direitos fundamentais, desde a antiguidade até a atualidade, em razão da significativa contribuição e importância que as diferentes etapas históricas, delimitadas no tempo: idade antiga, idade média, idade moderna e contemporânea, deram na transformação e construção dos direitos fundamentais.

É adotado no texto o termo “direitos fundamentais” porque abrange os mais variados direitos individuais e direitos coletivos positivados na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, que de acordo com concepção de Sarlet (2009, p. 29), apesar de os dois termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” serem comumente utilizados como sinônimos, a explicação para se distinguir um do outro é que a expressão “direitos fundamentais” se refere aos direitos do ser humano que estão contemplados e positivados no direito positivo constitucional de determinado Estado, enquanto os “direitos humanos” estão relacionados com os documentos de direito internacional, referindo-se às posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, independente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando uma validade universal, com nítido caráter supranacional.

Os direitos fundamentais da pessoa humana contemplados no Direito Interno e no Direito Internacional visam à proteção do indivíduo, reconhecido este como pessoa humana individual ou coletivamente, dotado de dignidade, merecedor de respeito e tratamento igualitário incondicional, independentemente de ser sujeito de uma ordem constitucional de determinado País, ou não. São direitos universais e não estão vinculados à nacionalidade do indivíduo. Isto não significa que se deve deixar de lado obediência à soberania constitucional de cada País.

O surgimento dos direitos fundamentais está relacionado à origem do constitucionalismo na antiguidade, constituindo a Revolução Francesa a sua maior expressão histórica, que consagrou os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, servindo de fundamento ao Estado Liberal e as mais diversas Constituições escritas na idade moderna e contemporânea, caracterizando as chamadas “dimensões” de direito, culminando com a formação do Estado Democrático de Direito.

Para fins do presente trabalho, optou-se pela expressão “dimensões”, em razão das críticas que o termo “gerações” vem sofrendo por parte da doutrina nacional e alienígena,

porque é inegável que o reconhecimento progressivo dos novos direitos fundamentais ocorre em um processo acumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de modo que a expressão “geração de direitos”, segundo Sarlet (2009, p. 45) pode acarretar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.

O constitucionalismo brasileiro nasce com a Constituição Imperial de 1824. É a partir desse evento jurídico-político que os direitos fundamentais surgem, são transformados, ampliados e acumulados em cada momento da história política nacional, multiplicados e reafirmados em cada nova Constituição.

Todas as Constituições brasileiras deram significativa contribuição na construção e na evolução dos direitos fundamentais do País, mas foi na Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã, ou Constituição Democrática, que se consolida o Estado Democrático, trazendo os mais significativos avanços em relação aos direitos fundamentais.

Na nova ordem jurídica constitucional o objeto dos direitos fundamentais não é apenas o sujeito, que até então prevalecia pela influência do liberalismo individualista do Estado Liberal, mas a sociedade em geral. O novo paradigma constitucional passa a ser o centro do sistema jurídico, não tutelando apenas os direitos da pessoa, individualmente, mas também dando especial proteção aos direitos da coletividade em igualdade hierárquica.

As normas constitucionais não garantem somente direitos subjetivos individuais e coletivos, vão além e servem de fundamento objetivo a todo o sistema jurídico, exercendo as mais variadas funções no contexto social, político e jurídico.

Os direitos fundamentais passam a exercer então múltiplas funções, apresentando características de multifuncionalidade, o que significa que podem ser vistos em uma perspectiva jurídico-objetiva (fundamento de todo o sistema jurídico) e na perspectiva jurídico-subjetiva (direitos subjetivos individuais e coletivos).

A compreensão da objetividade e da subjetividade dos direitos fundamentais passa pelo estudo da Teoria dos Quatro *Status* de George Jellinek. É a partir dessa concepção que são analisados os direitos fundamentais como direitos de defesa e como direitos a prestações.

As normas de direitos fundamentais e os direitos fundamentais simbolizam os pilares do sistema jurídico contemporâneo, sendo imprescindível abordar a distinção entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental, que apesar de apresentarem estreitas conexões, distinguem-se conceitualmente, pois de acordo com Alexy (2006, p. 66), um critério diferenciador é encontrado na definição de direitos fundamentais de Carl Schmidt (1973, p. 190), para quem os direitos fundamentais “são aqueles direitos que substituem o fundamento do próprio Estado e, que por isso, e como tal, são reconhecidos pela

Constituição”, pois dizer que um direito constituiu o fundamento do próprio Estado é expressar uma definição substancial.

Por fim, é visto a questão relacionada à nova divisão direitos individuais e direitos coletivos diante da clássica divisão direito privado e direitos público, que consagrava a prevalência do direito público sobre o direito privado, surgindo o neoconstitucionalismo.

1.1.1 Na Idade Antiga

Não há consenso sobre a origem dos direitos fundamentais, segundo Lenza (201, p. 50), porque não se sabe o exato momento histórico em que surgiu o constitucionalismo, mas é na antiguidade clássica, marcada pela tomada do Império Romano do Ocidente¹ pelos povos bárbaros², no Século V (476 d.C), entre os hebreus³, que se identifica, mesmo que timidamente, as primeiras demonstrações de constitucionalismo no Estado Teocrático, com o estabelecimento de limitações ao poder político que garantia aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos.

Ainda no Século V, as Cidades-Estados⁴ gregas representaram importante exemplo de democracia constitucional, sendo o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político estava igualmente distribuído entre todos os cidadãos (LENZA, 2010, p. 51).

Na concepção de Aristóteles, a organização política melhora a condição de vida do cidadão, em sua obra *Política* apresenta material para a construção de uma estrutura normativo-constitucional de regulação social, em que as percepções de um poder e um governo são visíveis e inevitáveis nos seus textos, a partir dessa concepção foi construída a base do constitucionalismo universal e, por conseguinte, dos direitos fundamentais, os quais foram se afirmando a cada etapa da história da humanidade e positivados a partir da idade média (SANTOS, 2009, p. 67-8).

¹ O Império Romano do Ocidente era constituído pela metade Ocidental do Império Romano, após a sua divisão por Diocleciano em 286 a.C, tendo entrado em declínio a partir do século III, enfraquecido pela divisão, sendo que a parte ocidental não resistiu às invasões dos bárbaros, enquanto a parte Oriental resistiu até 1.453 com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos.

² Os romanos usavam a palavra “bárbaros” para todos aqueles que habitavam fora das fronteiras do império e que não falavam a língua oficial: o latim.

³ Nome dado ao povo que viveu na região do Oriente Médio a partir do segundo milênio a.C, e que daria origem aos povos semitas como os árabes e os israelitas, antepassados históricos e espirituais dos atuais judeus.

⁴ Durante o século VIII a.C, formaram-se na Grécia Antiga, diversas cidades independentes. Cada uma delas desenvolveu seu próprio sistema de governo, suas leis, seu calendário, sua moeda. Essas cidades eram chamadas de “polis”, palavra grega que costuma ser traduzida por cidade-estado.

1.1.2 Na Idade Média

A Idade Média inicia ainda no Século V, e vai até o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla, no Século XV, em 1.453 d.C., constituindo-se em uma etapa significativa da história da humanidade, caracterizada por um longo período histórico que envolve dez séculos, ou mil anos, de transição entre o mundo antigo e o mundo moderno, sob o domínio do feudalismo e pelo poder da Igreja Católica (BEDIN, 2001, p. 32).

O principal documento que registra o surgimento da positividade constitucional dos direitos fundamentais, neste período, é a Carta Magna Inglesa, elaborada, em 1.215, pelo Rei João Sem Terra, e que representa formalmente o marco histórico do constitucionalismo medieval e da proteção aos direitos fundamentais individuais (LENZA, 2010, p. 51).

Apesar de a Carta de 1.215 garantir alguns privilégios feudais, excluindo a população do acesso aos “direitos” nela consagrados, é um importante ponto de referência de alguns direitos e liberdades civis clássicas, entre os quais se destacaram o “*habeas corpus*”, o “*devido processo legal*” e a “*garantia de propriedade*”, e que foram catalogados, praticamente, em todas as Constituições Democráticas que a sucederam, mas não foram os únicos, destacando-se as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis de Portugal e Espanha (SARLET, 2009, p. 41).

1.1.3 Na Idade Moderna

A Idade Moderna compreende os fatos históricos ocorridos no período compreendido entre 1.543 a 1.789, culminando assim com a Revolução Francesa (LENZA, 2010, p. 50), deflagrada em razão das concepções filosóficas do iluminismo que defendiam o domínio da razão sobre a visão teocêntrica que dominava a Europa na Idade Média.

As ideias iluministas que serviram de fundamento à Revolução Americana de 1776 foram inseridas no texto da Declaração de Independência Americana, assegurando que os homens são criados iguais e dotados de direitos inalienáveis a liberdade e à busca da felicidade, e, também na Declaração dos Direitos dos Homens na França, em que a felicidade comum é considerada o principal objetivo da sociedade, surgindo daí a ideia de Constituição como Carta Política de um País e, por conseguinte, do Estado de Direito (ALMEIDA, 2008, p.90).

Nesse período, destacam-se, ainda, o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1769, o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of settlement*, de 1701, além de os pactos e

forais que eram chamados de “Cartas de Franquia”, que tinham por objetivo resguardar direitos individuais de determinados homens, não apresentando caráter de universalidade, mas que, sobretudo, registram o surgimento de direitos fundamentais individuais (LENZA, 2010, p. 51).

1.1.4 Na Idade Contemporânea

Neste período as Constituições escritas são instrumentos de contenção do poder, constituindo as Constituições Norte Americana de 1787 e a Francesa de 1791 o marco histórico e modelos formais do constitucionalismo contemporâneo.

O preâmbulo da Constituição Francesa é o mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, movimento deflagrado durante o iluminismo, surgido em contraposição ao absolutismo vigente, através do qual o povo foi eleito como o titular legítimo do poder.

O constitucionalismo liberal, sob a influência do liberalismo clássico, consagrava o individualismo, o absentéismo estatal, a valorização da propriedade privada e a proteção do indivíduo, o que influenciou as Constituições brasileiras de 1824 e 1891, momento em que o Estado passou a ser chamado para coibir os abusos e limitar o poder econômico (LENZA, 2010, p. 52).

1.1.5 O Estado Liberal

A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal é consequência do movimento iluminista, tendo como principais defensores Rousseau, Locke e Montesquieu surgido na Europa, defendiam a proteção do indivíduo contra a ingerência e interferência do Estado, tendo como principal centro a França, inspiraram a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e a Constituição dos Estados Unidos de 1787, que convalidava a garantia de liberdade individual, a proteção aos direitos dos cidadãos e da propriedade (ALMEIDA, 2008, p. 161).

É o período da história política da humanidade que revela e consagra os direitos fundamentais de primeira geração de direitos: direitos civis e políticos (direito a vida, a liberdade, a integridade física e a propriedade), e que tiveram como documentos as marcantes Constituição do México de 1917 e a Constituição de Wiemar de 1919, da Alemanha, que

influenciaram a Constituição Brasileira de 1934, e por consequência, o Estado Social de Direito (LENZA, 2010, p. 52).

O constitucionalismo liberal tinha por objetivo a proteção do indivíduo contra os abusos do poder, através da criação de técnicas que passaram a limitar a atuação do Estado, criando modelos constitucionais parlamentaristas ou presidencialistas, separação e cooperação entre os poderes, bem como estabelecendo um sistema de freios e contrapesos, fixando diferentes competências de atribuições a cada um desses poderes, os vinculando a lei e a writs constitucionais através de um sistema de direitos fundamentais com o objetivo de fortalecimento do espaço do indivíduo frente ao poder (SANTOS, 2009, p. 26).

O liberalismo que surgiu na Europa no século XVII e XVIII constituía uma nova cosmovisão de valores, crenças e interesses da burguesia na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo de natureza aristocrática fundiária, tornando-se uma expressão de uma ética individualista, designando de modo genérico uma sensibilidade filosófica e política que defende a liberdade individual sobre os demais valores (SANTOS, 2009, p. 81).

1.1.6 O Estado Social

O Estado Social de Direito nasceu sob a égide do princípio da igualdade e teve o seu marco histórico definido pela Constituição do México de 1917 e Constituição Alemã de Weimar (1919), caracterizando os direitos fundamentais de segunda dimensão: direitos sociais, econômicos e culturais (LENZA, 2010, p. 52).

No Estado Social de Direito, também chamado de Estado do bem-estar (Welfare State), a lei deixa de ser um comando abstrato e geral, constituindo-se em um instrumento de atuação correta do Estado. A intervenção estatal, antes limitada no Estado Liberal Individualista, de uma postura negativa passa a ser positiva, atuando em prestações positivas nas questões sociais, por exemplo, e nas questões trabalhistas e previdenciárias (ALMEIDA, 2008, p. 167-8).

É nesse período que são definidos, constitucionalmente, os Direitos Sociais e os Direitos Trabalhistas como direitos fundamentais da pessoa humana, sob a proteção do Estado (MARTINEZ, disponível em [HTTP://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=5494](http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=5494), acesso em 27.06.2010).

O Estado Social é caracterizado pela garantia de tipos mínimos de renda, como acesso à alimentação, saúde, habitação, educação, direitos esses assegurados ao cidadão, não como caridade, mas como espécie de direito político (MORAIS, 1996, p. 73).

Pela inspiração das teorias socialistas foi construído um ambiente constitucional de bem estar, mediante o reconhecimento das necessidades materiais do indivíduo, surgindo assim à ideia de Estado Social, atuante, compromissado e dirigente na efetivação de um projeto social, que é denominado de “projeto social constitucionalizado de felicidade” (SANTOS, 2009, p. 27).

É nesse período que o Estado passa de uma postura negativa ou abstencionista, característica do liberalismo clássico, a uma postura positiva e de prestação, em que a efetividade dos direitos de segunda dimensão é assegurada pela intervenção do Estado, que assumiu uma função ativa de implantar e promover as condições materiais necessárias ao desfrute dos direitos a saúde, à educação e à assistência social.

1.1.7 Estado Democrático de Direito

Concebidos historicamente o Estado de Direito Liberal e o Estado de Direito Social, com as suas respectivas definições jurídico-político, de acordo com Almeida (2008, p. 172) surge então uma nova concepção paradigmática de Estado de Direito, com as características de Estado Democrático de Direito, constituindo um novo paradigma, que confere uma nova legitimidade ao direito constitucional e à ciência política, em que o direito assume uma função transformadora, diferentemente das concepções das Constituições Liberais e Sociais.

Os ideais do Estado Democrático de Direito rompem com as concepções capitalistas burguesas do Estado Liberal Individualista e ainda impregnadas no *Welfare State*, tendo por finalidade a transformação da realidade social mediante a implantação de um processo democrático dinâmico e constante de igualdade material. Não é um rompimento com os direitos fundamentais individuais, conquistados com a Revolução Francesa, mas com a concepção liberal individualista dominadora político-ideológica burguesa e com as estruturas do Estado Liberal, que impediam a efetiva socialização do Direito, do Estado e a transformação da realidade social (ALMEIDA, 2008, p 173).

Segundo Santos (2009, p. 27), que no período pós-Segunda Guerra surgiram problemas que passaram a afetar o bem-estar da população mundial diante do desenvolvimento da tecnologia e fatores vinculados a reorganização geopolítica mundial, caracterizando novos modelos constitucionais denominados de Estado Democrático de Direito, redefinindo-se os modelos constitucionais até então existentes, pois além das agregações das dimensões de direitos, surgiram articulações conceituais fundamentais como a ideia de democracia, cidadania e de dignidade.

Ressalta ainda Santos (2009, p. 28), que o Estado não se limita apenas a garantir espaços de segurança e certeza aos direitos individuais, passa a proporcionar a educação aos cidadãos, a cidadania deixa de ser restrita a participação política no âmbito dos direitos individuais de origem burguesa e passa a ter uma orientação substancialista, assumindo um papel fundamental na formação do indivíduo, na estabilidade social e no equilíbrio das instituições, surgindo um novo paradigma constitucional, um novo modelo democrático, em que a educação e a felicidade são peças fundamentais, permitindo a criação de múltiplas e inesgotáveis possibilidades de inclusão social efetiva. Na atualidade, a grande democratização visa “a diferença e os outros direitos não-individuais” necessários à concretização das demandas de uma vida boa, de uma vida de felicidade.

1.2 AS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução histórica e o reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras constituições enfrentaram diversas transformações de conteúdo e de titularidade, eficácia e efetivação, em razão dessa mutação histórica, a doutrina passou a falar de dimensões de direitos.

No presente estudo opta-se pela expressão “dimensões de direitos”, em razão das críticas feitas pela doutrina pátria e estrangeira quanto o uso do termo “gerações de direitos”, pois de acordo com Sarlet (2009, p. 45), que segue a concepção moderna, o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais representa um processo cumulativo e de complementaridade, e não de alternância, sendo que o uso da expressão “gerações” permite a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.

Na compreensão do sujeito e do cidadão como sujeito de direito é preciso levar em consideração a evolução histórica dos direitos fundamentais, sendo que a divisão dos direitos fundamentais em dimensões é consequência da sua densidade problemática, que conduz ao desdobramento em gerações superpostas, consubstanciadas nos direitos da primeira, da segunda, da terceira e da quarta, sendo que alguns doutrinadores falam na quinta geração de direitos (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000, p. 85-100).

1.2.1 Os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão

A primeira dimensão de direitos representa a consolidação de um momento histórico de evolução dos direitos civis e políticos que foram construídos gradativamente desde a

antiguidade, caracterizando o Estado Liberal, tendo como marco histórico a Revolução Francesa de 1789.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles reconhecidos nas primeiras constituições escritas, que surgem por influência do pensamento liberal-burguês do século XVIII, e que se afirmaram como direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado caracterizam-se como direitos de cunho “negativo”, abstencionista, consagrando direitos de resistência ou de oposição em face do Estado, sendo que no rol desses direitos, assume importância o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Para Sarlet (2009, p. 47) a primeira geração de direitos fundamentais são completados depois, por um leque de liberdades: liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, como por exemplo, direito ao voto e a capacidade eleitoral passiva, estabelecendo uma relação entre direitos fundamentais e democracia. Estão nesse rol, também o direito de igualdade formal perante a lei e algumas garantias processuais como o devido processo legal, habeas corpus, direito de petição, etc..

São os chamados direitos civis e políticos, que correspondem à face inicial do constitucionalismo ocidental e que continuam a integrarem os catálogos das Constituições (BONAVIDES, 1997, p. 517).

São representados pelos direitos civis e políticos: direito a vida, a liberdade, a integridade física e a propriedade, constituindo direitos de natureza negativa ou defensiva, oponíveis em face do Estado, cabendo a este uma postura abstencionista, de não invadir a esfera privada para violar os direitos individuais - são os chamados direitos de resistência em face do Estado. Pressupõem a igualdade formal dos indivíduos perante a lei, considerando o sujeito abstratamente (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000, p. 85-6).

1.2.2 Os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

Não se trata mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas de propiciar a participação no bem-estar social, garantindo a liberdade por intermédio do Estado, outorgando aos cidadãos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, oportunidade de trabalho. São direitos de cunho positivo, estão representados pelas “liberdades sociais” (liberdade de sindicalização, do direito de greve, reconhecimento de direitos fundamentais a trabalhadores – direito a férias e ao repouso semanal remunerado, garantia de salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, etc.). São

mais que os direitos de cunho prestacionistas, não obstante o sentido positivo, dizem respeito a direitos individuais, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos (SARLET, 2009, p. 47).

Os direitos fundamentais de segunda geração são caracterizados pelos direitos sociais, nos quais o sujeito é visto como inserido no contexto social, consubstanciados nas liberdades negativas, de religião e opinião, e dos direitos políticos que exigem uma intervenção estatal direta (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000, p. 86).

1.2.3 Os Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão

O que distingue esses direitos dos anteriores é o fato estarem desvinculados da figura individual do cidadão, como seu titular, pois objetivam a proteção de grupos humanos, tais como família, povo, nação. São direitos de titularidade coletiva e difusa (LAFER, 1997, p. 131).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são representados pelos direitos de solidariedade, direito a proteção ambiental, ao desenvolvimento sustentável, direito à autodeterminação dos povos, à qualidade de vida, à paz, à comunicação, caracterizados pelos direitos coletivos e difusos, ou direitos transindividuais, compreendo os direitos do consumidor e ao meio ambiente (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000, p. 86).

Integram os direitos de terceira dimensão, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a qualidade de vida, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, o direito a comunicação, resultando de novas reivindicações fundamentais do ser humano em decorrência do desenvolvimento tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências que conduziram a profundas reflexões na esfera dos direitos fundamentais, distinguidos pela sua titularidade coletiva, na maioria das vezes, indefinida e interminável, revelando-se, por exemplo, no direito ao meio ambiente e qualidade de vida (SARLET, 2009, p. 48-9).

1.2.4 Os Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão

Os direitos de quarta dimensão decorrem da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, correspondendo, a fase final da

institucionalização do Estado Social, cuja composição é feita pelos direitos à democracia (democracia direta), informação e direito ao pluralismo (BONAVIDES, 1997, p. 524-6).

As posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética e a mudança de sexo, como integrantes da quarta geração de direitos fundamentais, não significa vestir com roupagem as novas as reivindicações que em sua maior parte resultaram dos clássicos direitos de liberdade (SARLET, 2009, p. 51).

Na concepção de Oliveira Júnior (2000, p. 86), os direitos de quarta dimensão são os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e a bioengenharia, referente às questões da vida e a morte, que requerem uma discussão ética prévia.

Entretanto, para Sarlet (2002, p. 53), a presente classificação é desnecessária, porque a bioética está relacionada à vida, e a vida diz respeito à primeira dimensão de direitos, enquanto a cibernética e a informação se enquadram na terceira dimensão.

1.2.5 Os Direitos Fundamentais de Quinta Dimensão

Na concepção de Bonavides (1997, p. 526), os direitos fundamentais de quinta geração estão longe de obter o reconhecimento do direito positivo, porque compreendem o futuro da cidadania e porvir da liberdade de todos os povos, sendo que tão somente com eles é que seria possível a globalização política.

São os direitos cibernéticos advindos à realidade virtual, que acompanham o desenvolvimento da cibernética atual e representam um rompimento com as fronteiras entre Países, ao criarem conflitos entre Países que apresentam realidades distintas, através do uso da internet (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000, p. 86).

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O estudo dos direitos fundamentais e as Constituições Brasileiras são de fundamental importância, pois estão presentes direta e indiretamente no corpo de todas as Constituições democráticas, consagrando as três dimensões de direitos: os direitos de primeira dimensão estão representados pelos direitos e garantias individuais, civis e políticos; os direitos de segunda dimensão são os direitos de solidariedade ou de fraternidade, os quais surgiram na segunda metade do século XX (GROFF, 2008, p. 125).

A evolução dos direitos fundamentais e as Constituições Brasileiras é um assunto que merece destaque no desenvolvimento do tema objeto de estudo, uma vez que tem por

objetivo demonstrar que os direitos fundamentais, entre eles o direito de propriedade que surgiu com a Constituição Imperial (1824), foram conquistando nas Constituições do País, ao longo do tempo, um significativo espaço e foram ampliados a cada nova Constituição que surgia, conforme a mudança que ocorria no cenário político-jurídico nacional e mundial, mediante a introdução de novos direitos, por exemplo, direito ao meio ambiente na Constituição Federal de 1988.

Groff (2008, p. 105) observa que as Constituições sempre garantiram um espaço aos Direitos Fundamentais, que foram ampliados a cada no Constituição, de modo crescente foram introduzidos novos direitos fundamentais, que acompanhavam as transformações ocorridas no cenário mundial, e as Constituições brasileiras foram recepcionando as diversas dimensões de direitos, na época em que esses direitos apareceram nas primeiras Constituições dos países democráticos.

1.3.1 A Constituição Imperial de 1824

A Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada em 25 de Março de 1824, sob a influência das ideias liberais, principalmente, do liberalismo europeu, surgiu logo após a proclamação da Independência do Brasil em 1822 (LENZA, 2010, p. 91).

A preocupação maior da Constituição Imperial foi à construção de um Estado-Nação, ficando para um segundo plano a implantação da democracia liberal, porque na época a monarquia era vista como a única maneira de manter a unidade nacional.

A Carta Imperial, outorgada por D. Pedro I, foi elaborada por um Conselho de Estado que ocupou o lugar deixado pela Assembleia Constituinte que foi inicialmente convocada, mas dissolvida em função de divergência com o Imperador (GROFF, 2008, p. 106).

A Constituição Imperial sofreu forte influência das Revoluções Americanas (1776) e Francesa (1789), apresentando uma configuração de constitucionalismo liberal, contendo importante rol de Direitos Cívicos e Políticos, o que influenciou as declarações de direitos e garantias das Constituições posteriores (LENZA, 2010, p. 94).

A Constituição Imperial não utilizava a expressão “direito fundamental” ou “direitos fundamentais”, contemplando apenas alguns direitos individuais no Título 8º. – Das Disposições Gerais, Garantias dos Direitos Cívicos, Políticos dos Cidadãos Brasileiros, mas apresentava no último dispositivo, art. 179, um extenso rol de direitos cívicos e políticos, não destinando um espaço de relevância aos direitos fundamentais, sendo que o citado dispositivo

contemplava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, e tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Na Carta Imperial não foram criados instrumentos de proteção aos direitos fundamentais, por exemplo, o Habeas Corpus não foi previsto explicitamente, apesar de alguns juristas sustentarem que era possível extrair da Constituição (GROFF, 2008, p. 107).

Nessa Constituição os direitos políticos dos cidadãos eram graduados de acordo com a renda e o status social de cada indivíduo, estabelecendo, de modo claro, a renda necessária do cidadão para que ele pudesse exercer o direito de votar e ser votado, fixando uma renda anual líquida mínima de cem mil réis por bens rurais, da indústria, do comércio ou empregos, para o cidadão votar na escolha dos eleitores da província, conforme preceituava o seu art. 92.

É, também, ressaltado na Carta Imperial que o candidato a Deputado deveria ter uma renda líquida anual de quatrocentos mil réis por bens rurais, da indústria, do comércio ou empregos, conforme preceituava o art. 95 da Constituição Imperial. O voto do analfabeto que representavam 80% da população e as mulheres que representavam 50% da população foram proibidos, restando somente 1% da população em condições de votar e ser votada (GROFF, 2008, p. 108).

1.3.2 A Constituição Federal de 1891

Elaborada pela Assembleia Constituinte eleita em 1890, foi a primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, e que mais representou a filosofia liberalista, dando fim a Monarquia, em face da proclamação da República, em 1889, formalizada pelo Decreto n. 1, de 15.11.1889, que introduziu a República e o Federalismo. A Constituição de 1891 teve como Relator Rui Barbosa e sofreu influência da Constituição Americana de 1787, tendo consagrado o sistema de governo presidencialista, o Estado Federal (LENZA, 2010, p. 95).

A proclamação da República representou um marco histórico fundamental no constitucionalismo brasileiro, momento em que surgiam novas instituições baseadas na matriz constitucional norte-americana. Essas instituições passaram a conviver com uma cultura política conservadora e autoritária, sendo que nesse contexto a garantia dos direitos fundamentais, embora formalmente prevista na Constituição, na prática foi prejudicada. A inovação constitucional foi à introdução da República, do federalismo, do presidencialismo e da separação de Poderes, harmônicos e independentes entre si (GROFF, 2008, p. 108).

A Constituição Republicana trazia, no art. 172, um rol de direitos e garantias individuais, ou seja, direitos de primeira dimensão, não muitos diferentes daqueles previstos na Constituição de 1824, mantendo a garantia ao direito de propriedade, trazendo um rol demonstrativo de direitos e a possibilidade de reconhecimento de outros direitos não enumerados, mas que eram resultantes da forma de governar que ela estabelecia e dos princípios que consignava, introduzindo um conceito no constitucionalismo pátrio materialmente aberto. A perda da propriedade ocorria somente através de desapropriação por necessidade e utilidade pública (GROFF, 2008, p. 110).

Quanto às garantias constitucionais, observa Lenza (2010, p. 99) que a Constituição de 1891 foi a primeira a constitucionalizar o Habeas Corpus, porém duas correntes: uma tradicional que foi recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, sustentava que Habeas Corpus existente durante o império, previsto no Código Criminal de 1930, do Código de Processo Criminal de 1832; outra que entendia que o Habeas Corpus seria em benefício de alguém que sofresse violência ou em eminente perigo de violência, coação, ilegalidade ou abuso de poder em sua liberdade de locomoção.

1.3.3 A Constituição Federal de 1934

É promulgada em decorrência da crise econômica de 1929, pela pressão dos movimentos sociais que postulavam melhores condições de trabalho, abalando, sobremodo, os ideais do liberalismo econômico e da democracia liberal da Constituição de 1891; sofre influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919, configurando a segunda dimensão de direitos fundamentais e a perspectiva de um Estado Social de Direito (LENZA, 2010, p. 101).

A Constituição de 1934 foi construída a partir do rompimento com o Estado Oligárquico e com a introdução do Estado Populista - Revolução de 1930 - e representou inovação das estruturas e das instituições apesar de as mudanças não terem sido muito profundas.

É neste momento da história constitucional que é mais apropriado se falar de reforma do Estado do que em uma transformação (revolução) do Estado, pois a nova Constituição promulgada era considerada avançada para o seu tempo, introduzindo novos direitos, direitos de segunda dimensão, ou seja, direitos sociais, econômicos e culturais.

No rol de direitos da Constituição de 1934 foram acrescentados novos direitos e garantias fundamentais, entre os quais se destacam: ampla defesa, perda da propriedade em

decorrência de desapropriação por necessidade e utilidade pública, mediante indenização prévia, habeas corpus, propriedade intelectual e de marcas, instituição do júri. Alguns acréscimos se deram em razão da separação entre o Estado e a Igreja (GROFF, 2008, p.113).

É nesta fase histórica que o voto feminino e o voto secreto são constitucionalizados (voto australiano por ter surgido pela primeira vez na Austrália em 1852), embora o Código Eleitoral já o tivesse previsto; apresenta caráter social, destacando-se novos títulos, como da ordem econômica e social; dentre as novidades merece destaque o Mandado de Segurança e a Ação Popular (LENZA, 2010, p. 103).

A Constituição de 1934 manteve os principais fundamentos constantes na Constituição de 1891, como a República, o federalismo e o presidencialismo, tendo dado continuidade à tradição das Constituições anteriores, previu um Capítulo sobre direitos e garantias em seu art. 113 e seus 38 (trinta e oito) incisos, extenso rol de direitos individuais (GROFF, 2008, p. 113).

1.3.4 A Constituição Federal de 1937

A Constituição de 1937 institucionalizou um Estado autoritário - o Estado Novo, concedendo amplos poderes ao Presidente da República, colocando-o como a suprema autoridade estatal, restringindo as prerrogativas do Congresso e a autonomia do Poder Judiciário; retirou a autonomia dos Estados-membros; dissolveu a Câmara, o Senado e as Assembleias Estaduais; restaurou a pena de morte; os partidos políticos foram dissolvidos; a liberdade de imprensa era inexistente, entre outras medidas ditatoriais; teve como referência a Constituição polonesa de 1935, por isso a oposição ironicamente a chamava de “Constituição polaca”, apresentava característica fascista, inspirada no regime fascista italiano e alemão, mas não foi uma Constituição no sentido real do termo, não passou de uma grande fraude política ou até mesmo um estelionato político devido a diversos artigos que concederam plenos poderes a Getúlio Vargas (GROFF, 2008, p. 115).

Segundo Barroso (2006, p. 23), a Constituição Federal de 1937 não desempenhou papel algum, pois foi substituída pelo mando personalista, intuitivo e autoritário, por um governo de fato, de suporte policial e militar, sem obediência formal à Lei Maior, sem vigência efetiva e vigorando somente em relação aos dispositivos que conferiam ao Presidente da República poderes excepcionais.

Embora a Constituição de 1937 tenha apresentado uma realidade ditatorial, trouxe inegáveis conquistas como, por exemplo, “a nacionalização formal da economia” e o

“controle sobre certas áreas estratégicas de produção, como mineração, aço e petróleo”, o que configurou uma importante expansão capitalista, trazendo avanços na área trabalhista (LENZA, 2010, p. 107).

A Constituição de 1937 foi “ditatória na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente, os concernentes às relações políticas” (SILVA, 2000, p. 169).

1.3.5 A Constituição Federal de 1946

A Constituição de 1946 vem caracterizada pelo período chamado de “Redemocratização” ou da “Quarta Republica”, após o regime ditatorial do Estado Novo, constituindo-se numa tentativa de implantação da democracia. Ela se propôs ser uma Carta democrática, tendo sido promulgada por uma Assembleia Constituinte, não sendo baseada em nenhum pré-projeto, tendo como referencia as Constituições de 1891 e 1934; a Assembleia constituinte era composta na sua maioria de conservadores; mais de 905 constituintes eram vinculados à propriedade, principalmente imobiliária (GROFF, 2008, p. 117).

A contradição entre a política interna e externa caracterizada pela participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial ao lado dos Países aliados que lutavam contra o fascismo dos Países do Eixo (Alemanha, Japão e Itália), fez com que Getúlio Vargas perdesse apoio, pois ao entrar na guerra para enfrentar as ditaduras nazi-fascistas de Mussolini e Hitler, seria natural que o fascismo fosse varrido da realidade brasileira, não mais se sustentando manter um Estado arbitrário com base em uma Constituição inspirada no modelo fascista e, ao mesmo tempo, lutar contra esse regime (LENZA, 2010, p. 108).

Foram restabelecidos os direitos fundamentais da Constituição de 1934, a total liberdade de pensamento, podendo apenas haver censura a respeito de espetáculos e diversões públicas; introduziu o princípio da ubiquidade da justiça, abolição da pena de morte, a não ser nos casos de guerra, bem como a prisão perpetua. Foi restaurado o habeas corpus, o mandado de segurança, a ação popular, os princípios de legalidade e da irretroatividade da lei; foram introduzidos novos direitos sociais, como por exemplo, o salário mínimo, proibição de diferença de salário por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; participação nos lucros da empresa, repouso semanal remunerado, proibição de trabalho noturno aos menores de 18 anos (GROFF, p. 118).

1.3.6 A Constituição Federal de 1967

Nasceu sob o golpe de Estado em 1964, mediante o pretexto de defenderem o interesse geral da nação brasileira perante a ameaça que pesava sobre a ordem pública. A Constituição de 1946 foi substituída pela Constituição de 1967. Os Atos Institucionais (AI) ocuparam lugar central na Constituição. Os partidos políticos até então existentes foram extintos, surgindo no lugar deles apenas dois partidos: ARENA (Aliança Renovadora Nacional) e MDB (Movimento Democrático Brasileiro), atual PMDB, sendo o primeiro o partido oficial e o segundo a oposição consentida. Os direitos fundamentais sofreram restrições com os Atos Institucionais (GROFF, 2008, p. 119).

Era previsto na Constituição de 1967, a possibilidade de se tornar perdida a propriedade rural para fins de reforma agrária, mediante o pagamento de indenização com títulos da dívida pública (LENZA, 2010, p. 112).

A Constituição de 1967 previa um capítulo sobre direitos e garantias individuais e um artigo com um rol de direitos sociais dos trabalhadores, para a melhoria de suas condições sociais. Comparando com a Constituição de 1946 houve limitações, por exemplo: o acesso ao Poder Judiciário poderia ser limitado pela lei; restrição da liberdade de publicação de livros e periódicos, ao afirmar que não seriam tolerados os que fossem considerados como de propaganda de subversão a ordem; restrição ao direito de reunião, facultando a Polícia o poder de designar o local para que fossem realizadas (GROFF, 2008, p. 121).

1.3.7 A Constituição de 1969

O regime militar se tornou ainda mais violento a partir de 1968, resultado da ampliação da agressividade pelo Ato Institucional número 5, que manteve a Constituição de 1967, mas introduziu profundas mudanças em relação ao poder e aos direitos individuais, marcado no Brasil pela forte repressão proporcionada pelo regime militar, como resposta de intensidade das contestações populares a esse regime (GROFF, 2008, p. 122), tendo a Constituição de 1969 ampliada a centralização do poder e o autoritarismo, mantendo o AI-5.

Durante esse período foi suprimido o habeas corpus e suspensas às garantias da magistratura e cassada a liberdade de imprensa, sendo a tortura e os assassinatos políticos largamente praticados no País.

Em 1978, através do chamado Pacote de Junho o AI-5 foi revogado suspendendo as medidas que cassaram direitos políticos com base nele, bem como foi previsto a

impossibilidade de suspensão do Congresso Nacional pelo Presidente da República, eliminando assim alguns poderes presidenciais, iniciando o processo de democratização que ganha força e espaço durante o Governo Figueiredo (1979 a 1985), que pôs fim ao governo militar (LENZA, 2010, p. 115-6)

Em 1979 veio a Anistia política concedida aos perseguidos políticos e os que praticaram crimes em nome do regime, que até os dias de hoje provoca discussões (GROFF, 2008, p. 123).

1.3.8 A Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais são colocados no centro do debate político e jurídico pela Constituição de 1988, sendo que a própria localização topográfica do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional, evidencia a intenção de o constituinte dar maior atenção e importância aos direitos fundamentais.

Na Constituição de 1988, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos e garantias individuais, civis e políticos, que surgiram no fim do século XVII; os direitos de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais, que surgiram na primeira metade do século XX; os direitos de terceira dimensão são os direitos de solidariedade ou de fraternidade, os quais surgiram na segunda metade do século XX (GROFF, 2008, p. 123).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os princípios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos são consolidados no texto constitucional, consagrando direitos fundamentais inéditos; o racismo e a tortura foram tornados crimes inafiançáveis; os direitos dos trabalhadores foram aumentados significativamente, entre outras inovações (LENZA, 2010, p. 120).

1.4 Os Direitos Fundamentais e a Constituição Brasileira de 1988

Acompanhar a evolução dos direitos fundamentais é muito mais que demonstrar a conquista de um espaço no cenário constitucional, mas de observar e destacar a importância que esses direitos exercem no ambiente jurídico e, sobretudo, na tutela dos direitos e deveres individuais e coletivos contemplados em cada Constituição que surgia, conforme demonstrado anteriormente.

Os direitos fundamentais são conquistas históricas que a cada Constituição surgem e passam a exercer importantes e variadas funções no contexto jurídico. Não se limitam, única e exclusivamente, a função de direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra o Poder Público, mas constituem também decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para o legislativo, judiciário e executivo (SARLET, 2009, p.143).

A teoria dos direitos fundamentais é uma teoria dos direitos fundamentais positivados, constituindo-se em uma dogmática, que enquanto disciplina prática tem por objetivo uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais, em que a racionalidade da fundamentação exige o trajeto dos direitos fundamentais e que os juízos de dever-ser sejam acessíveis, na maior medida do possível ao controle subjetivo (ALEXY, 2009, p. 43).

A característica fundamental do Estado Constitucional é a subordinação da lei às normas constitucionais (MARINONI, 2008, p. 67).

A Constituição Federal de 1988 apresenta significativas inovações em relação aos direitos fundamentais contemplados nas Constituições anteriores. Conforme visto nos itens anteriores deste capítulo, apresenta a formatação de um catálogo de direitos fundamentais em uma nova ordem constitucional, que resultou de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País decorridos mais de vinte anos de ditadura militar, destacando-se a localização dos direitos fundamentais positivados no seu início, após o preâmbulo e, também, após os princípios fundamentais apresentando um maior rigor lógico, considerando que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores a toda ordem constitucional e jurídica (SARLET, 2009, p. 63).

A Constituição de 1988 traz avanços consideráveis no que se refere ao direito de propriedade, a exemplo do modelo constitucional anterior, porém acrescenta a preservação do meio ambiente como direito coletivo, atribuindo-o como uma das funções sociais da propriedade privada. Consagra o direito ao meio ambiente como direito coletivo.

No entanto, a preocupação é com a efetividade dos direitos fundamentais diante dos progressos alcançados no que se refere ao reconhecimento destes na Constituição Federal de 1988, sendo que na compreensão do tema objeto de estudo é de suma importância examinar a classificação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 e as múltiplas funções que esses direitos exercem no sistema jurídico brasileiro, conforme se verá adiante.

1.5 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A classificação dos direitos fundamentais no direito constitucional brasileiro é problemática e, sobretudo, complexa, porque é mais doutrinária, em face da ausência de uma sistematização didática, que evidencia uma precária técnica legislativa do texto constitucional, dificultando, sobretudo, a sua compreensão, abrigo no seu catálogo, e fora destes, direitos fundamentais que exercem, a princípio, funções vinculadas a sua perspectiva objetiva e subjetiva (SARLET, 2009, p. 159).

Observa Sarlet (2009, p. 160) que basta um simples olhar sobre o texto constitucional para perceber algumas dificuldades, por exemplo: no âmbito dos direitos sociais (art. 6º. e 11, da CF), estão direitos a prestações, enquanto concretizações dos direitos de liberdade e igualdade, com estrutura jurídica diversa; no capítulo dos direitos sociais, por exemplo, aparecem direitos com titularidades diferentes, sendo que os direitos dos artigos. 7º a 11 são outorgados apenas aos trabalhadores, enquanto os direitos sociais do art. 6º, da CF, são direitos de todos; no capítulo dos direitos individuais e coletivos encontramos normas de conteúdo impositivo (normas tarefas ou normas-programas), como por exemplo, a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXIII), contendo, ainda, típicas garantias institucionais fundamentais, como é o caso da instituição do Tribunal do Júri - art. 5º, XXXVIII.

Jose Afonso da Silva (1998, p. 95-467) estuda e classifica os direitos fundamentais na forma consagrada pela Constituição Federal, ou seja, como são ordenados: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, os direitos de nacionalidade, de cidadania (direitos políticos) e as garantias constitucionais, inexistindo a preocupação com a classificação em dimensões de direitos.

Os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem ser considerados como direitos subjetivos individuais, quanto direitos ou elementos objetivos da comunidade, pois segundo Sarlet (2009, p. 141), essa dupla perspectiva constitui uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais.

É, entretanto, na doutrina do jurista alemão George Jellinek, que se encontra uma das vertentes mais férteis para a uma proposta de classificação científica resistente e constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 162).

Considerando que é objeto de estudo no presente trabalho, o conflito entre direito subjetivo individual, consubstanciado no direito de propriedade, e direito coletivo,

representado pela necessidade de proteção ao meio ambiente, como direito de todos e dever do Estado, é indispensável à compreensão temática, examinar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais a partir da teoria de Jellinek, o que significa examinar as suas múltiplas funções, tanto na perspectiva objetiva, quanto na perspectiva subjetiva.

1.6 A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O modelo constitucional brasileiro, de acordo com a evolução e consagração dos direitos fundamentais que foram construídos e conquistados em cada Constituição, apresentou um extenso rol destes direitos fundamentais. Entretanto, tais direitos não podem ser vistos somente pelo ângulo de um fim único dentro do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, devem ser vistos dentro da perspectiva das diversas funções que exercem no contexto jurídico constitucional.

Os direitos fundamentais, além de se destinarem à sociedade em geral, servem de fundamento a todo o ordenamento jurídico e são dirigidos à tutela de direitos subjetivos, surgindo daí a concepção de direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações, conforme será objeto de estudo neste item.

Na norma de direito fundamental convivem as perspectivas objetivas e subjetivas, o que significa que a mesma norma de direito fundamental, ao apresentar as duas perspectivas, exercem diversas funções. A classificação funcional dos direitos fundamentais na doutrina estrangeira é feita por Alexy e Canotilho, enquanto no Brasil ganhou destaque a classificação feita por Ingo Sarlet (MARINONI, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/5281>, acesso em 09.12.2010).

Os direitos fundamentais exercem dupla perspectiva e são considerados direitos objetivos e subjetivos individuais, o que significa que as normas de direitos fundamentais não são destinadas ao sujeito apenas, mas se destinam à sociedade em geral, ou seja, além de garantirem direitos subjetivos servem de fundamento objetivo de todo o sistema jurídico, exercendo as mais diversas funções no sistema jurídico (SARLET, 2009, p. 141).

Sarlet (2009, p. 143) esclarece que os direitos fundamentais não se limitem à função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, são decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos, o que significa que se apresentam na órbita constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos, não se

constituindo apenas garantias negativas dos interesses individuais, transformando-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto componentes estruturais básicos da ordem jurídica.

É indispensável à compreensão temática, o exame da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, a partir da classificação científica que tem por base a teoria do alemão George Jellinek, o que significa examinar as diversas funções de tais direitos na perspectiva jurídico-objetiva e jurídico-subjetiva.

1.6.1 A Teoria dos *Quatro Status* de George Jellinek

É a partir teoria de Jellinek que surge a proposta de classificação das funções dos direitos fundamentais em dois grupos: direitos de defesa e direitos a prestações.

Os direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa são representados pelos direitos de defesa do indivíduo contra as interferências do Estado em sua liberdade pessoal e no direito de propriedade, que ganharam destaque somente no constitucionalismo atual, apesar de transcorridos mais de duzentos anos de história dos direitos fundamentais.

A multifuncionalidade dos direitos fundamentais tem a sua vertente na doutrina dos quatro *status* do alemão Georges Jellinek, sendo utilizada como referencial na classificação dos direitos fundamentais, conforme a sua obra intitulada “*Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos*”, ou *System der Subjektiv öffentlichen Rechte* (SARLET, 2009, p. 155).

Observa Sarlet (2009, pp. 156-7) que na concepção teórica de Jellinek, o indivíduo como sujeito vinculado a determinado Estado, encontra a sua posição relativamente a este cunhada por quatro espécies de situações jurídicas ou *status*, como sujeito de deveres e titular de direitos, em que o *status* seria uma espécie de estado (uma situação) no qual se encontra o indivíduo e que qualificaria a sua relação com o Estado; no que Jellinek denominou de *status* passivo (*status subjectionis*), o indivíduo estaria subordinado aos poderes do Estado, sendo meramente detentor de deveres, e não de direitos, tendo o Estado à competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições; o indivíduo, por ser dotado de personalidade, é conferido um *status negativus*, consistente numa esfera individual de liberdade imune ao *jus imperii* do Estado, que na verdade é um poder limitado.

No *status positivus* (ou *status civitatis*), segundo a teoria de Jellinek, é assegurado juridicamente ao indivíduo à possibilidade de utilizar as instituições estatais e exigir determinadas ações positivas do Estado, caracterizando o direito a prestações estatais, constituída pelos direitos sociais. Por fim, é reconhecido um *status activus* ao cidadão, que

passa a ser considerado titular de competências garantidora da possibilidade de participar ativamente na formação da vontade estatal, como por exemplo, o direito de voto.

A teoria dos quatro *status* de George Jellinek sofreu críticas, porque as liberdades dos indivíduos são exercidas apenas no âmbito da lei, estão disponíveis ao legislador. Os que a criticam, defendem que ela deve ser adaptada à atualidade, que não mais admite a sujeição das liberdades individuais à legislação infraconstitucional; o *status* negativo deve ser encarado como uma negação dos direitos fundamentais, porque a liberdade somente poder ser concebida como liberdade sem intervenções inconstitucionais. Nessa linha de pensamento, as liberdades e os direitos fundamentais vinculam obrigatoriamente o legislador, que não pode contrariá-las (SARLET, 2009, p. 157).

Hesse (1995, p. 127-8) crítica a teoria de Jellinek defendendo a ideia de que o *status* constitucional do indivíduo é garantido pelos direitos fundamentais, não se constituindo em uma situação meramente formal, relativa ao indivíduo abstrato, mas em um *status* jurídico material, com conteúdo concreto e determinado, não tendo a sua disposição limitada, nem do indivíduo, nem dos poderes públicos.

Na concepção de Sarlet (2009, p. 157) essa crítica, no entanto, não fulmina por completo a teoria de Jellinek, que deve ser lida e compreendida a luz das circunstâncias atuais, devendo ser considerado que ela foi concebida em um contexto histórico marcado pela hegemonia do liberalismo constitucional e pela Constituição Monárquica de um Estado centralizado como era a Alemanha de Guilherme II. Apesar das críticas, a teoria de Jellinek ganhou importância, porque foi complementada pela doutrina e adaptada às funções que atualmente são atribuídas aos direitos fundamentais, não correspondendo mais ao ambiente em que foi produzida.

Atualmente é sugerida a releitura do *status negativus* e do *status activus* que foram ampliados para que pudesse ser integrado o *status activus processualis*, que é a dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais; deve também ser reconhecido o *status positivus socialis*, que consagra os direitos sociais, econômicos e culturais de natureza prestacional, como as demais funções decorrentes da perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. Entretanto, a teoria dos quatro *status* de Jellinek, ao sofrer críticas e reparos, foi mantida viva, por um contínuo processo de redescoberta pela teoria constitucional, inclusive no direito brasileiro, servindo de paradigma para a classificação dos direitos fundamentais. (SARLET, 2009, p. 158-9).

Adotando como paradigma a teoria de Jellinek, Sarlet (2009, p. 162) propõe a classificação dos direitos fundamentais em dois grandes grupos, um formado pelos direitos de defesa e outro pelos direitos a prestações.

1.6.2 Os Direitos Fundamentais na Qualidade de Direitos de Defesa

Os direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa, de acordo com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, constituem primeiramente, direitos de defesa do indivíduo contra as ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e na propriedade, sendo que esta concepção das funções dos direitos fundamentais, apesar do reconhecimento de diversas outras no âmbito de sua dimensão subjetiva e objetiva, continua ocupando um lugar de destaque no constitucionalismo atual, transcorridos mais de duzentos anos de história dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 168).

Os direitos fundamentais cumprem a função dos direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implica, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (CANOTILHO, 1992, p. 512).

Em uma ordem constitucional democrática, não se pode abrir mão dos direitos de defesa, porquanto a democracia é exercida pelo poder dos homens sobre os homens, ficando exposta às tentações do abuso de poder, principalmente considerando que no Estado de Direito os poderes públicos também praticam injustiças, porquanto os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade, mediante o deferimento de um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões na esfera da autonomia pessoal. Os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção dos poderes públicos, implicando para este um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições (SARLET, 2009, p. 168).

1.6.3 Os Direitos Individuais e Coletivos (Art. 5º, Da CF/88), como Direitos de Defesa

Na distinção entre direitos e garantias individuais e coletivos, a doutrina nacional entende que os direitos individuais são direitos fundamentais individuais, que reconhecem autonomia aos particulares, garantidores de iniciativa e independência aos indivíduos em relação aos outros membros da sociedade política e do Estado, enquanto os direitos coletivos podem ser conceituados como direitos do integrante de uma coletividade, contemplados na Constituição Federal (no rol do art. 5º.), constituindo-se como direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião e associação, estando dispersos no texto constitucional (SARLET, 2009, p. 170).

Algo diferente ocorre com os chamados direitos fundamentais da terceira dimensão (direitos de solidariedade ou fraternidade), os quais efetivamente tiveram sua titularidade, ao menos, em princípio outorgada à coletividade, como demonstram os exemplos do direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo justamente esta titularidade coletiva que costuma ser utilizada como critério básico para estabelecer a distinção entre estes direitos e os das duas dimensões anteriores (SARLET, 2009, p. 171).

Os direitos individuais e coletivos catalogados no art. 5º, e nos seus 77 incisos, da Constituição Federal, correspondem aos clássicos direitos de liberdade e exercem a função de direitos de defesa, sendo que os direitos individuais que não estão no catálogo do art. 5º, não perdem a condição de direitos individuais, ou individuais de expressão coletiva, que se encontram agrupados de forma diferente, em razão de seu conteúdo e funções (SARLET, 2009, p. 172).

Na Constituição de 1988, estes direitos de terceira dimensão não foram contemplados diretamente no catálogo dos direitos fundamentais, podendo ser encontrados no preâmbulo (direito ao desenvolvimento), nos princípios fundamentais (autodeterminação dos povos e defesa da paz, conforme o art. 4º, incs. III e VI).

Já o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e qualidade de vida foi expressamente contemplado no capítulo da ordem social (art. 225), assumindo, de acordo com a formulação empregada pelo Constituinte, feição de um “bem de uso comum do povo”, podendo, nesse sentido, ser qualificado como autêntico direito coletivo, ainda que se possa controverter a respeito de seu caráter de direito fundamental. Verifica-se, portanto, que no caso dos direitos de terceira dimensão a faceta coletiva assume características bem diversas

das que se aplicam aos direitos individuais de expressão coletiva encontrados no catálogo de nossa Constituição (SARLET, 2009, p. 171).

Na concepção de Canotilho (2008, p. 187), o direito ao meio ambiente não é um verdadeiro direito subjetivo de defesa, porque não assegura ao cidadão o direito de defesa contra as atividades dos poderes públicos que lhe são ambientalmente lesivas; também, não é um direito subjetivo prestacional ao não conferir ao particular um direito originário a prestações que possa exigir uma atividade dos poderes públicos que são os promotores de um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, mas ele propõe uma aproximação tópica que denomina de “*momentos subjetivos*” do direito ao ambiente, os quais estariam vinculados aos “direitos procedimentais ambientais”, que independente do reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente como direito subjetivo, o cidadão tem direito a informação, direito de participação e direito de ação judicial.

1.6.3 Os Direitos Fundamentais como Direitos a Prestações

Os direitos fundamentais como direitos a prestações estão vinculados a concepção de que cabe ao Estado, além da não intervenção na esfera da liberdade dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implantar as condições fáticas que permitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais (SARLET, 2009, p. 184).

Os direitos a prestações originários ocorrem a partir da garantia constitucional de certos direitos, com o reconhecimento do dever estatal na criação das condições materiais necessárias ao exercício efetivos dos direitos fundamentais, conferindo a faculdade de o cidadão exigir, imediatamente, as prestações constitutivas desses direitos, enquanto que nos direitos derivados a prestações, o Estado ao concretizar a sua responsabilidade e assegurar as prestações existenciais dos indivíduos, como o direito de igual acesso, obtenção e utilização das instituições públicas, como por exemplo, igualdade de acesso ao ensino público, igualdade de acesso serviços de saúde, utilização das vias e transportes públicos (CANOTILHO, 1993, p. 541-2).

Tais direitos objetivam a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas a liberdade por intermédio do Estado, já que o individuo depende da postura ativa dos poderes públicos, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis e status negativus*), dizem respeito a uma posição de respeito e abstenção por parte do Poder Público, os *status positivus* de Jellinek implicam numa postura ativa do Estado, estão no âmbito dos

direitos de segunda dimensão, correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado Democrático e social de Direito, incorporados nas Constituições do segundo pós-guerra, inclusive nas Constituições Brasileiras (SARLET, 2009, p. 185).

O Estado tem o dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, cabendo-lhe zelar, inclusive, de modo preventivo, pela proteção dos direitos individuais fundamentais, tanto contra as ingerências indevidas do Poder Público, quanto de particulares, devendo adotar medidas positivas de garantia efetiva à fruição dos direitos fundamentais. Em relação ao objeto da proteção estatal dos direitos fundamentais, ela não se limita ao direito fundamental à vida e à integridade física, devendo alcançar todos os direitos que estão sob a proteção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana em geral, a propriedade (SARLET, 2009, p. 190-1).

1.7 CONCEITO DE NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para uma melhor compreensão do tema objeto do presente trabalho impõe-se um estudo sobre o conceito de direito fundamental e o conceito de norma de direito fundamental.

O conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental apresentam estreitas conexões, pois sempre que alguém tem um direito fundamental, é porque uma norma garante esse direito, mas isso não significa que não exista diferença entre ambas, pois há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos (ALEXY, 2006, p. 50).

Segundo Alexy (2006, p. 52), a existência de uma estreita conexão não significa que não se possa diferenciar norma de direito fundamental e direito fundamental. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são dois lados da mesma moeda. Por isso, é recomendável tratar o conceito de norma de direito fundamental como mais amplo que o conceito de direito fundamental.

Normas de direitos fundamentais são normas, e o conceito de norma é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito. Relacionada à palavra norma são as palavras “*regra, mandamento ou preceito*”, que são de uso comum na linguagem coloquial e em outras ciências: Sociologia, Etnologia, Filosofia Moral e não Lingüística (ALEXY, 2006, p. 52).

Alexy (2006, p. 65) questiona o significado de normas de direitos fundamentais, tanto de forma abstrata, quanto de forma concreta; de forma abstrata, questiona se uma norma, pertencente ou não a um determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição, pode ser considerada como uma norma de direito fundamental; assume uma forma concreta, quando as normas de um ordenamento jurídico ou de uma Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais são essas normas.

A resposta simples ao questionamento acima, de acordo com a concepção de Alexy (2006, p. 65), é que “normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais”, enquanto as disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto de uma Constituição e, somente, tais enunciados.

Mas a questão não é tão simples como parece, porque nem todos os enunciados de uma Constituição contemplam direitos fundamentais, há aqueles que expressam e aqueles que não expressam direitos fundamentais, sendo indispensável distinguir, portanto, norma de direito fundamental, de disposição de direito fundamental, como por exemplo, o que é expresso na Constituição Alemã que: “Nenhum alemão pode ser extraditado (art.16, § 2º), mas Alexy (2006, p. 66) observa que esse enunciado, na verdade, expressa uma norma.

Seguindo o pensamento de Alexy todos os enunciados da Constituição Alemã, ou são enunciados normativos, ou são partes de enunciados normativos, afirmando que o enunciado pode ser chamado de “enunciado normativo de direito fundamental”, observando, entretanto, que a questão é, ao invés de se utilizar essa expressão, é utilizada “disposição de direito fundamental”, sendo que a resposta a essa pergunta pode ser baseada em aspectos materiais, estruturais e/ou formais.

O critério diferenciador é encontrado na definição de direitos fundamentais de Carl Schmidt (1992), para quem os direitos fundamentais são os direitos que substituem o fundamento do próprio Estado e, que por isso são reconhecidos pela Constituição, pois dizer que um direito constitui o fundamento do próprio Estado é expressar uma definição substancial.

Os fundamentos do Estado Liberal fazem parte de um grupo de direito apenas, que são os direitos individuais de liberdade, mas Alexy crítica esse entendimento, porque o conceito de direito fundamental orientado por teses substanciais e estruturais apresenta inconveniente, vinculando o conceito de direito fundamental a uma determinada concepção de Estado.

Um exemplo se refere ao direito à garantia de um mínimo existencial classificado como direito fundamental, sendo aconselhável não criar limites ao conceito de direito

fundamental e, por conseguinte, ao conceito de norma de direito fundamental, conforme ressalta Alexy (2006, p. 67).

Os dispositivos de direitos fundamentais são o enunciado semântico ou o programa da norma literalmente expresso no texto constitucional, enquanto a norma jusfundamental coincide com o significado atribuído aos dispositivos de direito fundamental, ou seja, é o significado a que se chega depois da interpretação do enunciado semântico do dispositivo.

No entendimento de Freitas (2007, p. 26) o direito fundamental é a conclusão final depois de realizado o trajeto metodológico iniciado no exame do dispositivo jusfundamental em que consta expressamente o enunciado da norma, passando-se à consideração do âmbito da norma, e, por fim, chegando ao entendimento de qual seja a norma efetivamente; conhecida a norma, em outra etapa, passa-se a análise da teoria interna, ou seja, aos limites imanentes, isto é, na teoria externa, consubstanciada no sistema de reserva, ou da teoria dos direitos fundamentais como princípios (Alexy), a fim de se limitar o conteúdo do direito fundamental e a extensão do âmbito de proteção da norma de direito fundamental, verificando-se a hipótese fática de que trata o caso concreto goza de proteção jusfundamental.

Em certos casos, o conceito de norma jus fundamental é mais amplo que o conceito de direito fundamental, exemplo disso é o enunciado do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que consagra a abertura material do catálogo, definindo o critério para aferição da fundamentalidade material dos direitos, admitindo-os existentes mesmo que não estejam estatuídos formalmente, apesar de constar que não se outorgam direitos fundamentais ou de qualquer natureza. Assim, há dispositivo jus fundamental que não estatui norma jus fundamental; pode haver norma jus fundamental sem que haja dispositivo jus fundamental, como no caso dos direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição (FREITAS, 2007, p. 27).

1.7.1 A Polêmica Sobre Norma e o seu Conceito Semântico

A normatização dos direitos fundamentais, especialmente do direito de propriedade como direito individual fundamental, a função social da propriedade e o direito a proteção ambiental como direitos coletivos, contextualizados no presente estudo com fundamento na teoria dos direitos fundamentais, conduz à necessidade de se estabelecer o conceito semântico de norma e o conceito de enunciado normativo.

O conceito de norma é, diante do conceito de enunciado normativo, um conceito primário, sendo recomendável que o conceito de norma seja buscado em nível de norma, e

não de enunciado. O ponto de partida do conceito semântico de norma consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo, ressaltando Alexy (2009, p. 56) o exemplo de enunciado normativo, a expressão da Constituição Federal Alemão “(1) Nenhum alemão pode ser extraditado (art. 16,§ 2º, 1, da Constituição Federal alemã), expressa a norma proibitiva da extradição de um alemão”.

Assim, de acordo com a observação feita por Alexy, a proibição de um alemão ser extraditado é o enunciado “nenhum alemão pode ser extraditado”, resultando daí que a definição de uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo, mas a norma pode também ser expressa por meio de diferentes enunciados, podendo também ser expressa sem a utilização de um enunciado, como é o caso, por exemplo, das luzes de um semáforo.

Seguindo o raciocínio acima, vê-se que toda norma pode ser expressa por um enunciado normativo, sendo possível expressar uma norma de diversas maneiras, ou através de diferentes enunciados. Por exemplo: “l: quando a norma segundo a qual é proibido extraditar um alemão é expressa por enunciados como (1) “nenhuma alemão pode ser extraditado”, (1) “é proibido extraditar alemães” (1) “alemães não podem ser extraditados”.

1.7.2 A Teoria das Normas de Direitos Fundamentais de Friedrich Muller quanto ao Conceito de Norma

Ante a polêmica do conceito semântico de norma, e no sentido de melhor compreensão do tema objeto de estudo, é importante destacar a teoria de direitos fundamentais de Friedrich Muller (1976, p. 116-17), defensor do entendimento de que a definição do conceito semântico de norma de direito fundamental apresenta três níveis.

O primeiro nível tem como conceito de norma os enunciados normativos editados pelos legisladores constituintes, baseado em critérios formais de positivação, inseridos no título dos direitos fundamentais de uma Constituição. Isso é sinal de garantia de uma orientação da teoria dos direitos fundamentais a partir da positivação feita pela Constituição Alemã; o segundo nível é o das normas de direito fundamental atribuídas, é vinculada à atribuição e as disposições dotadas de autoridade, sendo que qualquer um, a respeito de qualquer norma, pode dizer que a ela devem ser atribuídas as disposições de direitos fundamentais, porém, somente se a norma atribuída for correta, ou se for possível uma correta fundamentação a direitos fundamentais da referida norma.

Por fim, em um terceiro nível defende que a definição da norma com base no conceito de fundamentação correta é generalizada, valendo para as normas estabelecidas

diretamente pelo legislador constituinte, quanto para aquelas normas que lhe são atribuídas o caráter de direitos fundamentais.

A teoria de Muller (1976, p. 126), é caracterizada como uma “teoria da norma que supera o positivismo jurídico”, sendo o enunciado central de sua “teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica” (1976, p.265), o que segundo Alexy (2009), a tese de Muller pretende dizer é “que uma norma jurídica é mais que o texto”, pois a concepção de norma jurídica constituída apenas linguisticamente seria uma ilusão de uma concepção formalista do Estado de Direito.

A compreensão de que enunciado e norma são fenômenos distintos remonta a Kelvin, pois enunciado ou dispositivo, que são uma expressão lingüística, veicula uma norma que prescreve alguma coisa (FREITAS, p. 22).

1.8 A CLÁSSICA DICOTOMIA DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO E A NOVA DICOTOMIA DIREITO INDIVIDUAL E COLETIVO

É importante destacar a dicotomia entre direitos individuais e coletivos no contexto dos direitos fundamentais, considerando que a tema objeto de estudo envolve o estudo de direito individual (direito de propriedade) e o direito coletivo (meio ambiente), fundamentado na teoria dos direitos fundamentais, principalmente porque a divisão Direito Individual e Direito Coletiva é uma novidade do constitucionalismo contemporâneo brasileiro, não se encontrando referencial no direito constitucional anterior.

Segundo Almeida (2008, p. 358-9), a Constituição Federal de 1988 foi à primeira em que o Direito Coletivo foi inserido no plano da teoria e das garantias individuais constitucionais fundamentais positivadas, e não se tem notícia no Direito Comparado de previsão constitucional no mesmo sentido.

Não se pode afirmar que as Constituições de outros países não deem proteção aos direitos coletivos, porém não resta dúvida que a Constituição Federal de 1988, inovou significativamente na proteção dos direitos e interesses massificados, alcançando-lhe foro constitucional, o que é peculiar de um País democrático, que tem por objetivo transformar a realidade social, pois não se pode transformá-la sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva aos direitos coletivos, porquanto a proteção exclusivamente individualista é inerente ao Estado Liberal, obrigando a convivência com as injustiças e desigualdades sociais.

1.8.1 A Nova Dicotomia Direito Individual e Direito Coletivo

A doutrina nacional consagra o entendimento de que a clássica dicotomia Direito Público e Direito Privado não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que contemplou a dicotomia direito individual e direito coletivo.

É uma nova dicotomia constitucionalizada relativizada, que coloca o Direito Constitucional no centro do sistema jurídico representado pelo seu objeto formal que é a Constituição Federal integrada por normas de Direito Individual e normas de Direito Coletivo.

O fundamento da nova dicotomia está no Capítulo I do Título II da Constituição Federal, que fez constar expressamente as expressões “Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos” (ALMEIDA, 2008, p. 361).

É indiscutível, conforme observa Almeida (2008, p. 362), a compreensão da teoria dos direitos constitucionais fundamentais, porque ela compõe o núcleo de uma Constituição democrática, a exemplo da Constituição Brasileira, a partir da qual devem ser construídos os novos modelos de explicação do direito, em razão da eficácia irradiante a toda ordem jurídica e a força vinculativa dos direitos constitucionais fundamentais.

Seguindo o entendimento acima, na nova dicotomia constitucionalizada é possível construir novos paradigmas da relação entre a sociedade e Estado, ou ainda, entre os indivíduos e Estado, permitindo a construção de novos princípios e diretrizes à administração pública, impondo uma atuação vinculada à proteção dos direitos fundamentais individuais ou coletivos, o que significa que muitos privilégios da administração pública que eram resultados de uma visão autoritária e distorcida do Estado, e do papel que deveriam desempenhar na sociedade perderam o espaço

Na concepção clássica é comum os administradores públicos banalizarem os direitos fundamentais individuais e coletivos, amparados numa visão de direito público construído em parâmetros que se tornaram inconciliáveis com o Estado Democrático de Direito, pois a divisão direito individual e direito coletivo afasta a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, sendo necessário revisar os denominados “atos administrativos discricionários”, “a presunção de legitimidade dos atos administrativos”, entre outras regras que orientam a atuação do Poder Público (ALMEIDA, 2008, p. 362).

A efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º, da Constituição Federal, é dependente da compreensão da nova divisão constitucionalizada direito individual e direito coletivo, conforme ressalta Almeida (2008, p. 363):

Todos os direitos fundamentais, individuais ou coletivos possuem aplicabilidade imediata nos termos do art. 5º, § 1º, da CF. O princípio da aplicabilidade imediata não impede, porém, que seja aferida a impossível realização, muitas vezes provisória, do direito fundamental, quando houver impedimento real ou fático. Entretanto, é descabida a alegação de impedimento formal ou meramente de teor jurídico como barreira à realização dos direitos fundamentais individuais ou coletivos.

É inadmissível de acordo com a dicotomia Direito Individual e Direito Coletivo, o impedir juridicamente, pois a Constituição Federal não deixa dúvida ao determinar a aplicação imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, conforme Almeida (2008, p. 363) “é insustentável, por exemplo, a tese de necessidade de reserva de orçamento como alegação formal impeditiva à imposição ao Estado de implantação de políticas públicas para cumprir as exigências do art. 3º, da CF/88”.

Segundo Almeida (2009), na exploração das potencialidades da nova teoria dos direitos fundamentais, consagrada na CF/88, é indispensável o estudo e a exploração metodológica da dicotomia Direito Coletivo e Direito Individual, essa concepção não leva em consideração a discussão clássica entre individualismo e coletivismo que vem sendo analisada e debatida em diversas áreas de conhecimento, pois a análise que se faz gira em torno da teoria dos direitos fundamentais implantadas a partir da Constituição Federal de 1988 de acordo com a principiologia da ideia de Estado Democrático de Direito no novo constitucionalismo.

1.8.2 A Dicotomia Direito Público e Privado – a Constitucionalização do Direito Privado

Com o surgimento dos novos direitos e as transformações do Estado, que passou de Absolutista para Estado Liberal, e depois para um Estado Social, alguns falam de Estado Pós-Social de Direito, em consequência da forte influência do direito constitucional no direito privado, principalmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, consubstanciando no princípio-matriz de todos os direitos fundamentais - art. 1º, III, da CF/88, a partir de então, torna-se mais adequado falar na constitucionalização do direito civil, ou como prefere Lenza (2010, p. 48) direito civil-constitucional, mediante o estudo do direito privado a luz das regras e princípios constitucionais, sendo possível o reconhecimento da aplicação direta dos direitos

fundamentais nas relações privadas, caracterizando o que ele chama de eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁵.

O direito civil de um direito-proprietário passa a ser visto como uma regulação de interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto a propiciar o seu desenvolvimento com dignidade, caracterizando a despatrimonialização do direito civil, como consequência da sua constitucionalização (LENZA, 2010, p. 48).

A superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado fica mais evidente ainda pela tendência da descodificação do direito civil, com o surgimento de micros sistemas, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, o Estatuto do Idoso, a Lei de Alimentos, a Lei de Separação e do Divórcio, entre tantas outras legislações específicas e esparsas (LENZA, 2010, p. 49).

Na percepção de Lenza (2010), o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), é sempre citado como um princípio-matriz de todos os direitos fundamentais coloca a pessoa em um patamar diferenciado do que se encontrava no Estado Liberal. O direito civil, de modo especial, ao expressar tal ordem de valores, tinha por norte a regulamentação da vida privada unicamente do ponto de vista do patrimônio do indivíduo. Os princípios constitucionais, em vez de apregoar tal conformação, têm por meta orientar a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, para além dos meramente patrimoniais.

A suposta utilidade didática de que o adequado não é falar em ramos do direito, mas em verdadeiro escalonamento vertical e hierárquico das normas, com a Constituição sendo a norma de validade de todo o sistema jurídico, consagrado pelo princípio da unidade do ordenamento e da supremacia da Constituição (LENZA, 2010, p. 49).

1.8.3 Direito Coletivo e Interesse Coletivo

O direito coletivo brasileiro, segundo relata Almeida (2008, p. 434), possui natureza jurídica de direito constitucional fundamental, inserido no sistema jurídico pátrio ao lado do direito individual, incorporados no contexto da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, em três dimensões.

Almeida (2008, p. 435) ao separar o direito coletivo em dimensões, o direito coletivo objetivo se refere ao conjunto de princípios, garantias e regras que o regulam como direito

⁵ O tema eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também denominado de eficácia privada ou externa dos direitos fundamentais, surge como importante contraponto à ideia de eficácia vertical dos direitos fundamentais e que, certamente, precisará de melhor desenvolvimento e aprofundamento.

constitucional fundamental, enquanto os direitos coletivos subjetivos podem ser escalonados de acordo com a sua titularidade e objeto, em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos da conceituação do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente, no seu art. 81.

Por fim, na terceira dimensão ressalta o interesse coletivo objetivo legítimo, representado no interesse indivisível e geral da sociedade em assegurar a observância da Constituição Federal como Lei Fundamental do País, amparando o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade

Entretanto, observa Almeida (2008, p. 435), que não se pode querer classificar e enquadrar as dimensões de Direito Coletivo somente através do critério abstrato, é preciso saber se as situações concretas são adequadas para que se possa saber se um direito é coletivo ou individual, pois um único fato poderá gerar a proteção jurídica do Direito Coletivo e do Direito Individual, citando, como exemplo, o dano ambiental grave, que poderá atingir uma coletividade indeterminável de pessoas e, também, atingir diretamente uma determinada pessoa.

1.8.4 Conceito de Direito Coletivo

Observa Almeida (2008, p. 437), o direito coletivo pode ser considerado parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais, que compõe um dos blocos do sistema jurídico brasileiro, integrado pelo conjunto de princípios, garantias e regras disciplinadoras dos direitos ou interesses difusos, dos direitos ou interesses coletivos em sentido restrito, dos direitos e interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos objetivos legítimos.

1.8.5 Espécies e Características de Direito Coletivo

As espécies e características dos direitos ou interesses massificados transindividuais, a supraindividuais, metaindividuais são conceitos que na dimensão subjetiva da titularidade dos direitos coletivos, sobrepõem-se ao indivíduo para abrangerem uma comunidade ou uma coletividade de pessoas geralmente indetermináveis ou indeterminadas.

Segundo observa Almeida (2008, p. 473-4), a transindividualidade é uma característica relacionada à sociedade massificada, sendo que os direitos e interesses

massificado são aqueles que apresentam uma característica especial no seu objeto, que a indivisibilidade.

Concluí que os direitos e interesses difusos e os coletivos em sentido estrito, são transindividuais, metaindividuais ou superindividuais, são indivisíveis, enquanto os direitos individuais homogêneos são transindividuais somente no plano processual, porque são divisíveis.

1.8.6 Direitos e Interesses Difusos

É no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no art. 81, que são usadas as expressões “interesses ou direitos difusos”, entendendo-se como transindividuais, com características de indivisibilidade, cuja titularidade pertence a pessoas indeterminadas, mas que estão ligadas por circunstâncias de fato. O vocábulo “difuso” é igual a estendido, disseminado, generalizado, fluido. Juridicamente, no sentido de direito ou interesse, significa uma espécie de direito coletivo que pertence a pessoas indeterminadas e indetermináveis (ALMEIDA, 2008, p. 481).

Nos direitos ou interesses difusos, segundo Almeida (2008, p. 482), não há prévia relação jurídica entre as pessoas tuteladas juridicamente, pois elas estão ligadas por circunstâncias de fato, enquanto nos direitos coletivos em sentido estrito, é necessária a prévia relação jurídica entre os membros de uma determinada, classe ou grupo de pessoas, ou, ainda, entre as pessoas e a parte adversa. O referido autor cita como exemplo de direitos difusos, o direito de respirar o ar que respiramos.

No texto constitucional, segundo Fiorillo (1995, 92-102), vários dispositivos fundamentam os direitos difusos, apresentando características de direitos transindividuais, de natureza indivisível, de titularidade indeterminada, que estão ligadas somente por circunstâncias de fato, entre os quais, destacam-se: art. 5º, caput – proibição de preconceito de origem, cor e raça; o art. 170, inciso III, a função social da propriedade; o art. 7º, inciso XXII a redução de riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança; art. 205, 215, 216 e 219, que trata da educação, cultura e tecnologia; art. 196 e 200, do sistema único de saúde; art. 225, relativo à política urbana e meio ambiente; arts. 1º inciso IV 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, e 48 do ato das disposições constitucionais transitórias – proteção e defesa do consumidor; arts. 220 a 224 – a comunicação social (direito de antena).

Almeida (2008, p. 483) observa que, de acordo com o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem

outros decorrentes do regime democrático e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o Brasil subscreva, fica evidente que os direitos difusos catalogados na Constituição são exemplificativos, podendo-se extrair mais direitos difusos do espírito da Carta Federal e de outras normas jurídicas compatíveis com o Estado Democrático de Direito, vigorando o princípio da não-taxatividade do Direito Coletivo.

1.8.7 Direitos ou Interesses Coletivos em Sentido Estrito

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, especialmente, o art. 81, parágrafo único, inciso II, os direitos ou interesses coletivos são transindividuais, indivisíveis, que pertencem a uma determinada categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si, ou com a outra parte, por uma relação jurídica base.

Os direitos coletivos subjetivos são aqueles que pertencem a um grupo, categoria de pessoas indeterminadas, mas que são determináveis na apuração de seus respectivos direitos, mas que sob o aspecto objetivo são transindividuais e indistinguíveis do mesmo modo que os direitos difusos (ALMEIDA, 2008, p. 483).

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, os direitos e interesses coletivos em sentido estrito, os titulares são indeterminados, mas determináveis, pois estão ligados por uma relação jurídica base.⁶

1.8.8 Direitos ou Interesses Individuais Homogêneos

Os direitos ou interesses individuais homogêneos são aqueles que apresentam uma origem comum, conforme é definido no Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, inciso III), sendo que pelo aspecto subjetivo têm titularidade pessoas individualizadas, mas que apesar de indetermináveis, podem ser determinadas. De acordo com o aspecto objetivo são divisíveis e distinguíveis entre os titulares, porquanto, os direitos individuais homogêneos seriam uma categoria de direitos, que no plano processual significa uma criação de técnica jurídica processual, tendo por objetivo a proteção coletiva dos direitos individuais subjetivos clássicos (ALMEIDA, 2008, p. 485).

Direitos ou interesses individuais homogêneos, por exemplo, aqueles decorrentes da aquisição de automóveis de uma mesma marca, ano e série, por inúmeras pessoas, todos

⁶ Código Civil comentado e legislação extravagante, p.1011

determináveis, o que autoriza a tutela jurisdicional coletiva, pois tais direitos estão ligados pela homogeneidade existente entre eles de fato e de direito (ALMEIDA, 2008, p. 486).

2 A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

No presente capítulo é examinada a função socioambiental da propriedade, a partir da evolução histórica do direito de propriedade, extraindo-se o seu conceito desde os primórdios da civilização humana que a tratava como sendo um direito natural, inerente ao instinto e a necessidade de sobrevivência do ser humano, até se chegar à concepção atual que atribuí à propriedade uma função socioambiental, inserida no sistema jurídico nacional, não apenas dotada de normatividade, mas, sobretudo, como princípio constitucional fundamental

O direito de propriedade e a sua função socioambiental positivados no sistema jurídico, e na condição de princípios constitucionais, são contextualizados na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, em razão do conflito entre o direito individual de propriedade e o direito coletivo ao meio ambiente, surgindo a base argumentativa para reflexão sobre a solução do conflito entre o direito individual de propriedade e o direito coletivo ambiental como direitos fundamentais que se apresentam no mesmo nível de normatividade no contexto do constitucionalismo contemporâneo.

Feita a análise histórica do direito de propriedade e a da sua função social, são estudados os dispositivos que regulam a matéria no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no Código Civil de 1916, no Estatuto da Terra e no Código Civil de 2002, além dos dispositivos inseridos nas Constituições brasileiras, a partir da Constituição Imperial de 1824, até a Constituição Federal de 1988, enfatizando o direito de propriedade como direito individual e a sua função socioambiental sob a ótica do direito constitucional e especialmente da Teoria dos Direitos Fundamentais, com o objetivo de fundamentar o terceiro Capítulo, que busca apresentar a solução para o conflito entre o direito de propriedade e o direito coletivo ao meio ambiente como direitos fundamentais individuais e coletivos.

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A propriedade pode ser considerada como essencial ao desenvolvimento da pessoa humana e da sua família, constituindo instrumento ou meio que permite o alcance dos objetivos individuais, familiares e sociais (BITTAR, 2003, p.103).

Na concepção de Aristóteles (1988, p.15) a propriedade é essencial à vida e as propriedades devem pertencer aos cidadãos, sendo que sua caracterização compreende o indivíduo e a sociedade comum, o que não significa que o indivíduo deva perder a

propriedade em benefício do bem comum. A propriedade não deve ser comum, mas deve servir ao bem comum.

Hobbes (1979, p. 86) defendia a impossibilidade da existência de propriedade no estado da natureza, onde todos têm direito a todas as coisas, constituindo-se numa prerrogativa concedida pelo poder soberano, através de leis civis, com a instituição do Estado, conforme assevera:

Pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens que pode gozar, e quais todas as ações que pode praticar, sem ser molestados por qualquer de seus concidadãos: é a isto que os homens chamam de propriedade. Porque antes da constituição do poder soberano (conforme já foi mostrado) todos os homens tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra. Portanto esta propriedade, dado que é necessária à paz e depende do poder soberano, é um ato desse poder, tendo em vista a paz pública (HOBBS, 1979, p. 86)

O direito de propriedade provém do Estado, e não do direito natural, constituindo-se numa prerrogativa concedida pelo poder estatal aos cidadãos através das leis civis, sendo passível de sofrer limitações que o Poder Público entender necessárias para a consecução de seus fins e para o bem comum (HOBBS, 1979, P. 86).

Em sua obra *Leviatã*, Hobbes (1979, p. 479) classifica o Estado da natureza, como um Estado sem leis e sem governo, em que os homens vivem em completa liberdade, numa constante “guerra de todos contra todos”.

Segundo Hobbes, o Estado Civil, construído por um pacto social, em que os homens abrem mão da liberdade absoluta em nome da soberania estatal tem por objetivo o fim dos conflitos sociais, ressaltando que “durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capazes de manter a todos em respeito, eles se encontram naquelas condições a que se chama de guerra; é uma guerra de todos os homens contra todos os homens”. Os direitos, a exemplo do direito de propriedade, são consequências da existência do Estado.

Na concepção de Locke (1689, p. 344), o direito de propriedade é inerente ao homem no estado de natureza, já que o Estado Civil tem a finalidade de proteger os direitos do cidadão, entre os quais o direito de propriedade. Defende a ideia da propriedade como direito natural do homem, independentemente da soberania estatal, apesar de o Estado ter origem em um contrato social, celebrado entre os homens, os quais deixaram de viver em estado natural, passando ao Estado Social que tem por objetivo a preservação da propriedade.

Rousseau (1973, p. 42-3) em sua obra “Do Contrato Social” manifesta o seu pensamento sobre o direito de propriedade, defendendo a teoria da criação do Estado através

de um Contrato Social entre os homens, sendo que ao criarem um poder estatal, soberano, acabam abrindo mão da liberdade ilimitada, tendo por objetivo um interesse comum: o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural de um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar, o que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui.

O direito de propriedade só pode originar a partir da instituição do Estado, sendo o trabalho realizado pelo homem sobre a terra como elemento caracterizador da propriedade.

Segundo Cavedon (2003, p. 49) foi Duguit quem transformou o entendimento de que o direito de propriedade não é apenas um direito subjetivo individual, mas uma função social.

Em sua obra *Las Transformaciones Del Derecho*⁷ – *Publico y Privado*, Duguit demonstra que o sistema jurídico de cunho individualista, baseado no direito subjetivo, não é o mais adequado para regular as situações sociais de cunho coletivo ao lado de necessidades individuais, observando que a propriedade exerce uma dupla função: a primeira, satisfazer as necessidades particulares do possuidor; a segunda, satisfazer as necessidades sociais da coletividade.

Não se tem por objetivo o retorno às formas coletivistas ou ao socialismo, o objetivo é conciliar os interesses do proprietário com os interesses da coletividade.

A teoria da origem da propriedade aceita pela doutrina é a da natureza humana, sendo natural do ser humano exercer poder e domínio sobre as coisas, apropriando-se delas. O homem, como ser racional e social, transforma os “atos de apropriação em direitos que, como autênticos interesses, são assegurados pela sociedade, mediante normas jurídicas, que garantem e promovem a defesa individual, pois é imprescindível que se defenda a propriedade individual para que a sociedade possa sobreviver” (DINIZ, 2004, p. 112-13).

A transformação do Estado Liberal ao Estado Social, de uma concepção individualista para uma concepção social, coletivista, levou a uma nova interpretação do direito de propriedade, que de um direito absoluto evoluiu para um sistema de limitações em razão de confrontações entre interesses públicos, justificando a intervenção do Estado.

A propriedade deixa de ser um direito absoluto, exclusivo, perpétuo, surgindo uma nova visão consubstanciada na sua função social, surgindo à ideia de que a propriedade não pode mais atender somente o interesse particular, mas deve atender o interesse privado e o interesse coletivo, conforme observa Figueiredo (2005, p. 25) o direito de propriedade continua assegurado.

⁷ DUGUIT, Leon. *Lãs Transformaciones Del Derecho – Publico y Privado*. Trad. Adolfo G. Posada e Ramon Jaés. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

2.1.1 Na Grécia Antiga

O direito de propriedade tem origem na Grécia Antiga, pois foi a partir daí que surgiram os primeiros movimentos sociais relacionados à terra, em consequência da disputa que havia entre a Plebe contra os Patrícios e a Nobreza.

Atenas e Esparta disputavam a liderança política e econômica do mundo antigo, tinham uma organização comunitária voltada para a agricultura e pecuária, o que provocou a expansão da propriedade e o desenvolvimento do comércio e da navegação, com o surgimento de guerras, riquezas e novos hábitos. A região de Lacônica foi dividida em 30 mil partes entre seus habitantes e as terras que circundavam Esparta em nove mil partes. Ao contrário da legislação comunista de Esparta, em Atenas reinava a nobreza.

Dracón, em 621 a.C, codificou as leis escritas, estabelecendo penas severas em relação ao direito de propriedade, as quais foram substituídas pelas leis do líder Sólon, que eram consideradas mais brandas e humanas tendo por objetivo evitar a revolução da plebe. A legislação de Sólon, entretanto, não agradou nem a plebe, nem a nobreza.

Com o surgimento da democracia de Clístenes, em 509, a.C, a Grécia atingiu a condição de maior cidade do mundo, com aproximadamente 300 mil habitantes, passou a ser pólo da arte, filosofia, ciência, literatura, indústria, navegação e comércio.

Atenas deixou de ser um Estado Agrícola e se tornou uma potência marítima, causando preocupação aos trabalhadores livres (proprietários de imóveis rurais com extensão de 6 a 50 hectares), que passaram a lutar contra o capitalismo e contra a concorrência do trabalho escravo, evidenciando a inexistência de uma democracia verdadeira, imperando uma democracia escravista.

Licurgo, figura legendária da história, surge em Esparta. Naquela época, reinava em Esparta grande desigualdade social, em que a maioria esmagadora de cidadãos padecia na miséria, enquanto uma ínfima minoria desfrutava da riqueza. Com a finalidade de suprimir todos os males decorrentes dessa desigualdade, Licurgo persuadiu os proprietários de terras à que entregassem seus bens à coletividade, para que todos pudessem viver em pé de igualdade (FERREIRA, 1995, p. 38).

Platão (429-347 a.C.), em sua obra *A República*, deu um passo importante na definição de propriedade. Descreveu o Estado ideal, segundo suas próprias concepções, concluindo que a melhor forma para se alcançar a Justiça é a construção de um Estado (Cidade-Estado, a *polis*).

Na concepção platônica de Estado, é imposta à classe governante (governo e exército) uma renúncia natural à propriedade, pois os “guardiões” e os “guerreiros” devem viver da forma que melhor realizem seu trabalho, não podendo sofrer interferências do apetite e do aspecto econômico.

Em situação oposta, encontram-se os “artesãos”, cabendo a eles o sustento do Estado e a eles é conferida a liberdade do acúmulo de propriedades, não podendo, apenas, serem ricos ou pobres demais. Em outras palavras já existia a noção de propriedade condicionada à produção. Começaram a surgir nesta época algumas obras com a intenção de tratar de problemas sociais, incluindo a questão da propriedade. Dentre elas, encontra-se a obra *Utopia* (1516), de Thomas More, onde o autor discorre sobre um novo sistema de justiça, em que o que realmente importa é o valor moral de cada indivíduo, e não as posses acumuladas. Qualquer noção de propriedade deveria ser destruída para a garantia da justiça e da paz social.

Para Locke (1689), o Estado é fundado através do Contrato Social e considera que o fim maior e principal para os homens se unir em sociedades políticas e se submeterem a um governo é a conservação de sua propriedade. Defende a ideia de que a propriedade privada decorre diretamente da liberdade e da racionalidade do indivíduo.

A revolução francesa era aparentemente um movimento popular contra privilégios, na verdade substituiu os privilégios da realeza, da nobreza e do clero, pelo privilégio dos burgueses, comerciantes e industriais, o novo rico deu vigor ao novo ao direito de propriedade, tornando-o mais sólido que entre os próprios romanos (BORGES, 1991, p. 2).

No Código Napoleônico propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas de maneira absoluta, desde que seu uso não violasse leis ou regulamentos. Já a Constituição dizia que era devida a indenização no caso de desapropriação. Pode-se dizer, então, que o direito de desapropriar consolidou o direito de propriedade.

Importante salientar a crítica de Marx à ideologia liberal, ao defender a ideia de que a terra não constitui capital, mas somente mercadoria. Sobre essas ideias, Silva (2001, p. 257) esclarece que o capital é o trabalho acumulado pelo capitalista, sob a forma e meios de produção, produzidos pelo trabalho, sendo que a terra não é produto do trabalho humano, pois tem sua origem no envelhecimento da crosta terrestre, constituindo-se e um bem finito que não pode ser reproduzido, defendendo a ideia de que o trabalho na terra tem objetivo de produzir frutos e não mais terra.

Segundo a teoria marxista, o capital gera lucro, o trabalho assalariado produz salário e a terra produz renda. No entanto, a tendência do capital é apropriar-se de tudo, inclusive da terra que passou a ser designada erroneamente também como capital.

Importante salientar a crítica de Marx à ideologia liberal, ao defender a ideia de que a terra não constitui capital, mas somente mercadoria. Sobre essas ideias, Silva (2001, p. 257) discorre: O capital é o trabalho acumulado pelo capitalista, sob a forma e meios de produção, produzidos pelo trabalho, sendo que a terra não é produto do trabalho humano, pois tem sua origem no envelhecimento da crosta terrestre; é um bem finito que não pode ser reproduzido; o trabalho na terra tem objetivo de produzir frutos e não mais terra.

Importante é o papel da Igreja, pois a presença eclesial na discussão sobre o uso da terra não parou com Tomás de Aquino (que vê na propriedade um direito natural que deve ser exercido com vistas ao bem comum), surgindo pelas mãos do Sumo Pontífice Leão XIII a encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891, seguida, quarenta anos depois, pela encíclica *Quadragesima Anno* (Pio XII – 1931) e, em 1962, a encíclica *Mater et Magistra* (João XXIII – 1962). Todas asseveram, em algum momento, a importância da inclusão social via trabalho e distribuição das riquezas.

Para Araujo (1999, p. 159) a doutrina da Igreja não considerava a propriedade apta a exercer uma função social a serviço do Estado, em razão de estar justificada em um direito pessoal que o Estado deve respeitar e proteger.

2.1.2 Na Roma Antiga

Em Roma toda terra era pertencente à comunidade, tendo a família de patrícios um pequeno lote. O termo patrício vem do latim “pater”, que significa chefe de família, com amplos poderes, dentre os quais o poder de escravizar e manter os membros da família (SILVA, 2001, p. 255).

Os moradores de Roma que não se incluíam entre os patrícios eram conhecidos como plebeus, que eram livres, mas não tinham o direito de cidadãos (patrícios), muito menos o direito de cultivar a terra da comunidade. Fazem parte da história de Roma as lutas dos plebeus pela posse da terra.

Com o desenvolvimento do Império Romano, a pequena cidade de Roma e o seu Estado agrícola se transformam numa potência mundial (FERREIRA, 1995, p. 45).

Com o passar do tempo a riqueza começou a se concentrar nas mãos de poucos. Entretanto, em 134 a.C., os irmãos Tibério e Caio Graco procuraram fortalecer a plebe romana. Tibério propôs a restrição de quantidade de terras públicas que cada cidadão poderia ocupar. Todavia, tal projeto de lei foi vetado e Tibério Graco sofreu graves acusações, até mesmo de aspirar à coroa real, sendo assassinado. A noção de propriedade, na Roma antiga,

estava vinculada fortemente aos direitos personalíssimos, e qualquer tentativa de reforma agrária era considerada como algo impensável (OLIVEIRA, Disponível em: <http://www.revista.jurídicaunicoc.com.br>).

2.1.2.1 A Propriedade no Direito Romano

O direito romano trata a propriedade como um direito absoluto, “*erga omnes*”, porém não a considerava um direito ilimitado, podendo sofrer limitações de acordo com o interesse público ou o interesse privado em jogo. No entanto, no direito romano a gleba de terra somente podia ser de um único proprietário. O direito de propriedade era perpétuo e exclusivo, pois era inconcebível uma propriedade adquirida por determinado período, a título provisório, ou de modo condicionado.

Segundo Cretella Júnior (1973, p. 153) a propriedade romana evoluiu desde a concepção individualista até a concepção social, destacando que o direito de propriedade sofreu inúmeras transformações durante a sua vigência, desde a antiga concepção individualista, até a concepção arejada pelo novo pensamento altruísta e social.

Na era romana a propriedade tinha um sentido individualista, apesar de ter existido formas de propriedade coletiva, sendo que nos primórdios da cultura romana a propriedade era da cidade ou gens, tendo cada indivíduo o direito a meio hectare, que podiam somente alienar os bens móveis. Com o desaparecimento desse tipo de propriedade coletiva, sobreveio a família que foi aos poucos aniquilada pelo fortalecimento da autoridade do *pater familias*, sendo que propriedade coletiva foi substituída pela propriedade privada (DINIZ, 1985, p. 81).

Para Bobbio (1992, p. 60), “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 (...)”. O direito de propriedade individualista era vinculado ao direito de liberdade e serviram de fundamento ao liberalismo clássico inaugurado com a Revolução Francesa de 1789, que representou o marco histórico do Direito Moderno.

2.1.3 Na Idade Média

A Idade Média foi um período marcado por conflitos que envolveram a nobreza e os camponeses, os quais eram severamente reprimidos. As manufaturas se desenvolviam e os campos eram convertidos em pastagens para ovelhas, criando-se, assim, uma massa de

excluídos sem chances de progresso, cabendo-lhes apenas a mendicância ou a ladroagem. A propriedade de terras assumiu um papel de suma importância, aos feudos foram dados como usufruto condicional aos beneficiários que se comprometiam a prestar serviços militares, passando, com o decorrer do tempo a ser perpétua e transmissível somente pela linha masculina (DINIZ, 1985, p. 82). O feudalismo desapareceu do cenário jurídico mundial com o advento da Revolução Francesa de 1789.

É nesse período que começa o estudo dos problemas sociais relacionadas à propriedade, especialmente quanto à origem da propriedade como um direito natural, conforme já foi visto.

O direito moderno tem o seu marco histórico ideológico na Revolução Francesa de 1789, que apresentou significativas mudanças no contexto social, político e jurídico, marcado pela concepção individualista, produto da exaltação das liberdades indivíduos e da mínima intervenção do Estado na organização Social.

A Constituição da Alemanha de 1919, chamada de Constituição de Weimer consagrou a proteção aos direitos sociais, influenciou a maioria das Constituições dos Estados Contemporâneos, as quais adotaram o direito de propriedade vinculada a sua função social.

2.2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

Apesar de a questão da propriedade da terra estar inserida na sociedade brasileira desde o descobrimento do Brasil, é na Constituição Imperial que o direito de propriedade vem previsto, pela primeira vez, no art. 179, inciso XXII: “É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude.”

A Constituição Republicana de 1891 também contemplou o direito de propriedade em toda a sua plenitude. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvo as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

Já a Constituição de 1934, em seus artigos 113, n. 17 e 118, passou a considerar as minas e demais riquezas do solo, bem como as quedas d’água, como propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial, e que o direito à propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo.

Tais princípios foram mantidos nas Constituições de 1937 e de 1942.

A Constituição de 1946 foi mais objetiva, exigindo que o uso da propriedade estivesse condicionado ao bem-estar social, preconizando, em seus artigos 141, §16, e 147, que se promovesse *a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos*.

Em 1962, dezesseis anos após a promulgação da Constituição de 1946, foi editada a Lei n. 4.132, que passou a regular a desapropriação por interesse social, embora de forma insuficiente no que diz respeito aos imóveis rurais para fins agrários.

A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1 dotaram a propriedade de uma função social. Entretanto, de acordo com Araújo (1999), o Direito Agrário positivo acolheu a noção de função social a partir da Lei 4.504, de 30.11.64 – o Estatuto da Terra, que foi à primeira dentre todas as legislações latino-americanas sobre reforma agrária, se não a definir a função social da propriedade, aquela que, ao menos, estabeleceu os seus requisitos essenciais.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 trata da propriedade como direito fundamental do indivíduo, uma vez que o *caput* do artigo 5º garante o direito da propriedade como algo inviolável. Todavia, o inciso XXIII do referido artigo dita: *a propriedade atenderá a sua função social*.

Importante salientar que tanto a propriedade rural como a urbana devem cumprir sua função social. Contudo, no presente trabalho o enfoque é dado apenas à função social da propriedade rural.

Pode-se afirmar que a proteção ambiental no cenário jurídico brasileiro tem dois momentos históricos bem definidos, sendo a Constituição Federal de 1988, o divisor de água, o marco normativo a traçar temporalmente os dois momentos, ao incorporar no seu corpo normativo um Capítulo destinado a tutela do meio ambiente, tendo, portanto, “constitucionalizado” a proteção ambiental (FENSTERSEIFER, 2008, p. 159).

2.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O Estatuto da Terra, através da Lei no. 4.504 de 30 de novembro de 1964 foi a primeira legislação brasileira a consagrar o princípio da função social da propriedade, ao dispor no art. 2º, § 1º, que: “a propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

2.3.1 Conceito da Função Social da Propriedade

Para fins do presente trabalho, adota-se o conceito legal da função social do Estatuto da Terra, que foi a primeira legislação brasileira a definir o seu conceito.

A doutrina alienígena, através Vivanco (1967, p. 472-3), define a função social da propriedade, nos seguintes termos:

La función social es ni más ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella, de manera que si el há podido de cumplir con el derecho de los demás sujetos, que consiste en no realizar acto alguno que puede impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, la comunidad”.

El derecho a la cosa se manifiesta concretamente en el poder de usarla y usufruirla. El deber que importa o comporta la obligación que se tiene con los demás sujetos se traduce en la necesidad de cuidarla a fin de que no pierda su capacidad productiva y produzca frutos en beneficio del titular e indirectamente para satisfacción de las necesidades de los demás sujetos de la comunidad.

Esclarece Antonio Vivanco:

El dirección Del titular implica El poder de usar libremente La cosa; pero a La vez supõe El dizer de utilizar La de maneira que nos se desnaturalice. Ello em razón de que su capacidad productiva interesa por igual a todos los sujetos de la comunidad y de que los elementos esenciales para la vida humana como la alimentación provienen de cosas agrárias como la tierra e los animales” (VIVANCO, v. 2, p. 471).

A partir dessa concepção, pode-se dizer que a função social da propriedade se constitui em um direito-dever reconhecido ao proprietário que, na condição de sujeito da comunidade, têm direitos e obrigações em relação aos demais sujeitos, e pelo fato de ter adquirido o domínio, tem a obrigação de respeitar o direito dos outros sujeitos, abstendo-se de realizar qualquer ato que venha prejudicar o bem comum, tendo à obrigação de cuidar a propriedade para manter a capacidade produtiva em seu benefício e das necessidades dos demais sujeitos da comunidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade foi alçada a condição de direito fundamental, conforme será visto na sequência.

A função social da propriedade constitui uma obrigação positiva imposta ao proprietário, devendo exercer seu direito em harmonia com os princípios e finalidades sociais. Comparato (1996, p. 41) vai defini-la como: *“Imposição do dever positivo de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade”*.

Cristiane Derani (2007, p. 55) destaca que “*falar em função social da propriedade é dispor sobre a instrumentalidade da relação de propriedade em relação à construção da sociedade*”.

A função social da propriedade abrange a obrigação do proprietário de utilizá-la como melhor entender, desde que, essa utilização também atinja o desenvolvimento social da coletividade.

Pode-se dizer que a função social da propriedade possui um conteúdo positivo e um negativo. O conteúdo positivo é aquele que impõe ao proprietário o dever de agir fazendo com que a propriedade produza, ou seja, é aquela imposição por meio de sanções administrativas ou penais que obriga o proprietário a plantar, construir e etc. Já o conteúdo negativo, fruto do poder de polícia busca impedir que o proprietário use seu bem de forma nociva à coletividade, são as leis imperativas que dizem não polua, não desmate e etc. Tudo isso condiciona a liberdade do proprietário (FISCH, 2009, p. 26).

2.3.2 A Função Social da Propriedade na Constituição Federal de 1988

A função social da propriedade vem afirmada como direito fundamental no “Caput” do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; XXIII – a propriedade atenderá sua função social.

No § 1º, é previsto que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Ao tempo que garante o direito de propriedade como um direito individual, a Constituição Federal estabelece no inciso XXIII que “a propriedade atenderá sua função social”, o que significa que o interesse individual deve atender ao interesse coletivo - o bem estar social.

Isto, no entanto, não quer dizer que o sistema jurídico consagra a diminuição ou a negação do direito de propriedade, mas contempla o poder-dever do proprietário, impondo-lhe a obrigação de dar à propriedade o destino social que lhe é determinado. A propriedade rural, mais que a urbana, deve cumprir a sua função social para que, explorada eficientemente, possa contribuir para o bem-estar não apenas de seu titular, mas, por meio de níveis

satisfatórios de produtividade e, sobretudo, através de justas relações de trabalho, assegurar a justiça social a toda à comunidade (ARAÚJO, 1999, p. 161).

A propriedade não deve atender somente o interesse individual, “egoisticamente considerado”, mas, principalmente, ao interesse comum da coletividade da qual o titular do domínio também é parte integrante (ROCHA, 1992, p. 71).

A função social da propriedade é uma consequência da evolução social decorrente do crescimento da ideologia social-democrata que apresentam como características comuns a limitação ao direito de propriedade, ficando este sempre vinculado ao cumprimento da função social que deve exercer (VARELLA, 1997, p. 216)

Destaca-se a importância da função social da propriedade pelo fato de estar inserida como uma das cláusulas pétreas, conforme o art. 60 da Constituição Federal, segundo a qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, o que confere estabilidade à função social da propriedade, ou seja, enquanto vigorar a Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade não poderá ser alterada.

2.3.3 A Função Social da Propriedade e a Ordem Econômica

Não obstante a função social do direito de propriedade constituir Clausula Pétrea, ganha importância, ainda, a função social no âmbito da esfera econômica, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, Capítulo I “Dos princípios Gerais da Atividade Econômica”, do Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”, que preceitua ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo 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.

A propriedade privada e a sua função social são consideradas como princípios gerais, constituindo um princípio base para todo o sistema jurídico, pois não se concebe mais o estudo da função social da propriedade dissociado de sua função ambiental. Sem dúvida alguma a terra é um bem de produção por excelência, fonte de riquezas, sendo parte indissociável do meio ambiente onde vive o ser humano, o que significa que a terra é o local das relações entre os homens e entre esses e o meio ambiente.

Não se pode esquecer que a terra é bem finito e sua conservação e manuseio exigem racionalidade e bom senso. A manutenção da natureza, animais e plantas é questão primordial para a sobrevivência da raça humana no planeta. Contudo, o progresso e as necessidades da

vida não permitem que a natureza seja considerada tal como um santuário. Com o passar dos tempos, tanto o Poder Legislativo quanto o Judiciário asseguraram a manutenção de um modelo de crescimento econômico agressivo, caracterizado por uma total ausência de maior zelo com o meio ambiente.

Até certo tempo atrás, o indivíduo era encorajado a usar sua propriedade de forma irresponsável, independentemente dos custos ambientais que tal atividade pudesse desencadear desde que trouxesse desenvolvimento econômico para sua região.

Entretanto, nos dias atuais, esses mesmos Poderes lutam juntamente com a coletividade para garantir o bem-estar geral, até das futuras gerações, através de um desenvolvimento sustentável, que visa compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ao meio ambiente.

O fato é que o homem possui necessidades ilimitadas, enquanto os recursos naturais são limitados, residindo aí o grande problema que atinge a civilização humana. Todavia, com as modernas técnicas e equipamentos sofisticados disponíveis, não mais se justifica a degradação ambiental além dos limites necessários ao funcionamento de certa atividade ou empreendimento.

Portanto, o desenvolvimento sustentável integrado à função social da propriedade é de suma importância no desenvolvimento econômico e financeiro do país. A não observância do princípio constitucional que consagra a função social da propriedade rural produzirá reflexos negativos na ordem econômica, podendo ser passível de desapropriação pelo Poder Público, observado o devido processo legal de expropriação.

2.3.4 O Art. 186 da Constituição Federal de 1988

O artigo 186 da Carta Magna é considerado como um marco teórico da função social da propriedade rural, consagrando os seus requisitos. De acordo com o citado dispositivo constitucional:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

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

O primeiro requisito diz respeito ao aspecto econômico, pois se refere à produtividade do imóvel rural. Aproveitar racionalmente a terra significa procurar sempre utilizar a melhor técnica agrícola no trabalho do solo e utilizar na terra o tratamento técnico e científico adequado; o segundo requisito é a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (SILVA, 2001, p. 263),

A expressão “meio ambiente” (*milieu ambient*), de acordo com Milaré (2000, p. 263), foi utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d’un naturaliste, de 1835*.

A palavra *ambiente* significa recinto, sítio, lugar, local, tudo aquilo que envolve os seres vivos e as coisas; o vocábulo *meio* indica o espaço onde se desenvolve a vida e a atividade dos seres vivos, o lugar em que se vive. Constata-se, portanto, a redundância da expressão *meio ambiente*. Contudo, trata-se de uma expressão consagrada e solidificada na língua portuguesa, utilizada tanto pela doutrina, lei e jurisprudência pátria.

No Direito positivo nacional, a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º. preceitua: Para fins previstos nesta Lei, entende-se por: *I – Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.*

A conceituação legal é ampla, abrangendo não somente a relação do ambiente ao homem, mas também todas as formas de vida e tudo aquilo que a permite.

Pode-se dizer que o conceito legal de meio ambiente foi *recepicionado* pela Constituição Federal de 1988, como se pode observar ao analisar o *caput* do art. 225:

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

Trata-se de um dispositivo complexo, multifacetário, em que a primeira parte aponta como direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, traz à tona a característica do bem difuso, onde brasileiros e estrangeiros residentes no país podem reclamar a titularidade de tal direito, valorizando assim, a importância do ser humano e respeitando o inciso III do artigo 1º, assegurando a erradicação da pobreza e da marginalização com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Na Constituição Federal em 12 de outubro de 1988, o meio ambiente passou a contar com a proteção de um dos textos mais avançados do mundo, sendo que concedido ao meio

ambiente um espaço próprio em seu texto. Trata-se do Capítulo IV – “Do Meio Ambiente”, inserido no Título VIII – “Da Ordem Social”. Fora o que se encontra condensado no artigo 225, estando, ainda, espalhados pela Constituição Federal dispositivos que tratam o meio ambiente de maneira direta ou indireta.

O terceiro e quarto requisitos dizem respeito ao aspecto social da função da terra. Tem-se nesses requisitos as obrigações (obrigações trabalhistas: salário, férias, aviso prévio etc.) do proprietário das terras para com os empregados. Tais requisitos devem existir simultaneamente na propriedade rural para que sua função social esteja caracterizada, pois a propriedade que produz e gere empregos, mas que não preserve o meio ambiente, não cumpre a função social e, portanto, está passível de desapropriação para a reforma agrária (SILVA, 2001, p.265).

Dessa forma, se a propriedade rural preservar o meio ambiente e produzir, mas não respeitar as leis trabalhistas, nem gerar empregos, ela não cumpre a sua função social. É o que se depreende diretamente do art. 186 da Constituição Federal vigente.

Importante, pois mencionar o artigo 9º da Lei 8.629, de 25.02.1993, que tem por objetivo detalhar os preceitos constitucionais referentes à função social da propriedade:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio-ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores;

§ 1º – Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos parágrafos 1º a 7º, do art. 6º desta Lei;

§ 2º – Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade;

§ 3º – Considera-se preservação do meio-ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas;

§ 4º – A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como as disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais;

§ 5º – A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais do imóvel.

Os requisitos da função social, econômica e ambiental da propriedade devem estar presentes de forma simultânea, de modo que um não pode ser excluyente do outro. Se a

função social da propriedade não for cumprida, fica sujeito o proprietário ao conteúdo do artigo 184 da Constituição Federal de 1988:

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

A União tem o dever de desapropriar os imóveis que não cumprirem sua função social, visando à concretização da igualdade do acesso a terra e da melhoria do bem-estar da sociedade como um todo. Portanto, acerca da desapropriação por interesse social, cumpre destacar que esta é de competência exclusiva da União, autorizador da desapropriação (VARELLA, 1997, p. 245).

Esta modalidade de desapropriação se dá com o pagamento da justa e prévia indenização, nos termos do art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal Brasileira.

2.3.5 A Problemática do Inciso II do Artigo 185 da Constituição Federal de 1988

O disposto em seu artigo 184, da Constituição Federal exige a desapropriação das terras que não cumpram sua função social. Entretanto, há que se discorrer a respeito da discrepância entre os artigos 185 e 186, pois o que se entende é que a propriedade produtiva não pode ser desapropriada. Mas e se essa propriedade produtiva não estiver cumprindo sua função social (simultaneidade dos incisos do artigo 186)?

Ditam os artigos 185 e 186 da Constituição Federal de 1988: São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II – a propriedade produtiva.

O art.186, da Constituição Federal preceitua que: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Quanto ao primeiro inciso do artigo 185 não se encontram problemas. A fonte de controvérsia é o inciso II, pois se entende que tal dispositivo constitui mecanismo jurídico

para evitar a desapropriação de qualquer propriedade produtiva, seja ela cumpridora ou não da função social exigida pelo artigo 186.

Pela análise dos dois artigos, percebe-se que o artigo 186 possui apenas um inciso que corresponde ao inciso II do artigo 185. Trata-se do inciso I (aproveitamento racional e adequado), sendo que os demais incisos não se encontram vinculados com o que dispõe o artigo 185.

Logo, usando as palavras de Varella (1997, p. 250), é perfeitamente possível a existência de uma propriedade produtiva que não cumpra sua função social. Assim, não seria importante a análise dos outros quesitos do artigo 186 (incisos II, III e IV). Constata-se, em um primeiro momento, antinomia entre o inciso II do artigo 185 e os incisos II, III e IV do artigo subsequente.

Sobre o assunto, é entendimento da corrente doutrinária majoritária, com base em profundos estudos de hermenêutica jurídica, entender a expressão “propriedade produtiva” do inciso II do artigo 185 como propriedade produtiva, que atende ao meio ambiente, possui boas relações de trabalho e promove o bem-estar social (VARELLA, 1997, p. 256).

2.4 O DIREITO DE PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Constituição de 1988, além de consagrar expressamente a função ambiental da propriedade, fundamenta a legislação ambiental infraconstitucional, configurando uma base normativa de direito-dever ao conferir à legislação ambiental instrumentos suficientes para a implantação de políticas de proteção ao meio ambiente.

O desconhecimento das normas ambientais e também constitucionais é notável quando há conflito entre o interesse público e o interesse do proprietário. Muitos advogados e até juízes abraçavam o artigo 524 do antigo Código Civil como se esse fosse o único a dispor sobre o regime jurídico da propriedade. Havia um limitado entendimento por parte dos executores do direito acerca das normas constitucionais e ambientais.

O artigo 524 do Código de 1916 não definia o direito de propriedade, apenas descrevia o conteúdo do direito, apresentando elementos para a sua definição, pois de acordo como citado dispositivo ao proprietário era assegurado o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possuía.

O caráter absoluto da propriedade não mais pode ser considerado frente às novas concepções do direito civil, pois cada vez mais a sociedade como um todo impõe uma série de

limitações ao seu exercício. Usar, gozar e dispor não é direito autônomo, mas uma faculdade inserida na situação jurídica subjetiva complexa chamada de propriedade.

Por envolver coisa que economicamente tem valor de moeda – a terra, havia uma grande dificuldade em entender que o direito de propriedade é apenas a possibilidade de um exercício de poder sobre uma coisa, com base na vontade do proprietário, respeitando as leis e os direitos de terceiros, bem como seu fim econômico e social (como a função ambiental).

Em relação especificamente à função social/ambiental da propriedade como requisito para garantia do direito de propriedade e como função atribuída ao Estado e ao particular, o que se alegava para justificar a não aplicação da norma constitucional era que não existia regulamentação que desse o conceito de função ambiental da propriedade, mesmo frente ao art. 186 da CF. Ora, este artigo é claro quanto aos requisitos a serem atendidos pela propriedade rural e a legislação ambiental é específica quanto às obrigações do proprietário em relação aos elementos naturais e à forma como devem ser protegidos.

Com a chegada do novo Código Civil, soluciona-se a questão, inserindo em seu art. 1.228 § 1º a função social e a função ambiental: O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de 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.

Por força de princípios constitucionais (art. 5º, inciso XXIII; art. 170, inciso III; art. 186, inciso II e 225 *caput* da CF) ficou a cargo do proprietário rural o cumprimento da função social de sua propriedade, entre outras providências, através da preservação do meio ambiente, não somente para os presentes, mas também para as futuras gerações.

A aquisição do domínio e posse do imóvel rural, quando já não havia parte da cobertura vegetal na propriedade, não afasta a responsabilidade do adquirente. Trata-se de uma responsabilidade objetiva e solidária consubstanciada na obrigação real. Obrigação essa que se prende ao titular do direito real.

O direito de propriedade é uma garantia constitucional e um direito fundamental do indivíduo, uma vez que o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal garante o direito à propriedade como algo inviolável, portanto, como garantia fundamental. Contudo, para tanto, a propriedade deve cumprir sua função social. A função social do campo é tratada como realidade nacional. Optou-se, portanto, em centralizar a questão da terra nas mãos da União.

A função social da propriedade é considerada como fundamento básico, em que o interesse individual deve ser submetido ao interesse geral. Importante salientar, como ficou

comprovado na presente pesquisa, o efeito importantíssimo da função social da propriedade definida como Direito Fundamental, e também de constar no rol das *cláusulas pétreas* do artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal de 1988, ou seja, enquanto viger a Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade e seu conteúdo não poderão ser alterados.

Outro fator de grande relevância sobre a função social da propriedade é sua conexão com o princípio da ordem econômica, pois a propriedade privada e a sua função social são tratadas pelo artigo 170 da Constituição, inserido no Capítulo dos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”. Constata-se que, a função social da propriedade rural, como princípio da atividade econômica, significa que o proprietário deve agir de acordo com os requisitos da função social, sob a sanção da desapropriação por parte do Estado.

Outro aspecto analisado no que tange à função social da propriedade rural é o que dispõe o artigo 186 da Constituição Federal de 1988, pois o imóvel rural deve ser aproveitado de forma racionalmente adequada, ou seja, através da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e da preservação do meio ambiente, em que se deve levar em conta que a terra é um bem de todos, devendo ser preservada para que às presentes e futuras gerações possam dela desfrutar.

Não se deve esquecer o que o artigo 186 discorre a respeito das relações de trabalho e sobre a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Tais requisitos devem ser cumpridos de forma simultânea. Se assim não for, a propriedade não estará cumprindo sua função social e será passível de ser desapropriada para fins de reforma agrária.

Outro tópico diz respeito ao inciso II do artigo 185 da Constituição, que diz ser insuscetível de reforma agrária a propriedade produtiva. Isso leva à situação de se ver impossibilitada para reforma agrária uma área cuja produtividade se baseie no trabalho escravo, ou na derrubada indiscriminada da mata, ou mesmo que a produtividade tenha sido irrelevante ou inadequada. Entende-se que não importa como, mas se a propriedade é produtiva, não será suscetível de desapropriação.

A questão da função social da propriedade rural é complexa, mas o certo é que a propriedade como direito fundamental, deve cumprir sua função social (aproveitamento racional da propriedade, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, preservação do meio ambiente, relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores) para que não seja desapropriada para fins de reforma agrária.

2.5 O SURGIMENTO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

As primeiras noções que se tem de proteção ao meio ambiente são encontradas na Bíblia Sagrada, nos Capítulos VI e VII, do Gênesis, que se refere à conservação das espécies animais. Segundo Milaré (2000, p. 78), o Deutoronimo proibia o corte de árvores frutíferas, mesmo durante a guerra, a pena aplicada era o açoite para os infratores.

No Brasil, as primeiras legislações que disciplinaram a questão ambiental são encontradas nas leis portuguesas que vigoraram até o advento do Código Civil de 1916. As Ordenações Afonsinas, que vigoraram durante o Governo do Rei D. Afonso IV, baseadas no Direito Canônico e no Direito Romano, demonstravam preocupação com a proteção ambiental ao tipificar o corte de árvores de fruto como crime de injúria ao rei.

Em 1521, com a edição das Ordenações Manuelinas sob o reinado do Rei Dom Manoel, a questão ambiental ganha destaque com a proibição da caça de certos animais, como por exemplo, perdizes, lebres e coelhos; as penas previstas eram o sofrimento mediante utilização de instrumentos de causassem dor nos infratores. A comercialização de abelhas, sem a preservação das colmeias, era proibida. É tipificado o corte de árvores frutíferas como crime e a pena era o degredo para o Brasil, quando o valor da árvore fosse superior a “trinta cruzados” (MILARÉ, 2000, p. 79).

Em 1580, com a passagem do Brasil para o domínio espanhol, sob o comando do Rei Felipe II, que começou a governar em Portugal com o nome de Felipe I, ordena uma compilação de leis lusitanas, surgindo, em 1603 as Ordenações Filipinas, editadas pelo Rei Felipe I, obrigatórias no reio e nas colônias, surgindo assim, pela vez primeira o conceito de poluição, mediante a proibição a qualquer pessoa de jogar material que matasse os peixes e a sua criação, sujando as águas dos rios e das lagoas.

No LIVRO V, TITULO LXXXVII, § 7º, que tinha a seguinte redação: “E pessoa alguma não lance nos rios e lagos em qualquer tempo do ano (...) trovisco, barbasco, coca, cal nem outro algum material com que o peixe se mate”.

É mantida a tipificação ilícita para o corte de árvores de fruto com a pena de degredo definitivo para o Brasil, conforme o Livro V, Título LXXV: “O que cortar árvore de fruto, em qualquer parte que estiver, pagará a estimação dela ao dono e tresdobro”.

Ganha importância, novamente, a proteção aos animais que eram mortos por malícia, cuja pena era o degredo definitivo para o Brasil, conforme o disposto no Livro V, Título LXXVIII: “E a pessoa que matar besta, de qualquer sorte que seja, ou boi ou vaca alheia por malícia, se for à vila ou em alguma casa, pague a estimação em dobro, e se for ao

campo, pague em tresdobro, e todo para seu dono; e sendo o dano de quatro mil réis, sejam açoitados e degredados quatro anos para África. E se for de valia de trinta cruzados e daí para cima, será degredado para sempre para o Brasil” (MILARÉ, 2000, p. 78-9).

As ordenações filipinas proibiam a pesca com determinados instrumentos e em certos locais, conforme preceituava o Livro V, Título LXXXVIII, § 6º: “E defendemos que pessoa alguma não pesque em rios nem em lagoas de água doce, cówãos, nassas, tesóes, nem por outro algum modo nos meses de março, abril e maio, somente poder-se á pesca à cana com anzol”.

Com o surgimento do Código Civil Brasileiro de 1916, os primeiros passos da tutela jurídica do meio ambiente começam a surgir ao elencar várias normas de colorido ecológico que se destinavam à proteção de direitos privados na composição de conflitos de vizinhança. O art. 554 atribuía ao proprietário ou inquilino de um prédio o direito de impedir o mau uso da propriedade vizinha pudesse prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam; o art. 584 proibia construções capazes de poluir, ou inutilizar, par ao uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistentes.

Nos períodos posteriores ao Código Civil de 1916, o Decreto n. 16.300, de 31.12.1923, contemplou o Regulamento de Saúde Pública; o Decreto n. 23.793, de 23.01.1934, instituiu o primeiro Código Florestal Brasileiro, que foi substituído pela Lei n. 4.771/65, atual Código; o Decreto n. 24.114, de 12.04.1934, preceituou o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal; o Decreto n. 24.643, de 10.07.1934, criou o Código de Águas; o Decreto n. 25, de 30.11.1937, dispôs sobre a proteção ao Patrimônio Cultural, organizando a proteção do patrimônio histórico e artístico cultural; o Decreto Lei n. 794, de 19.10.1938, criou o Código de Pesca, que foi substituído pelo Decreto n. 221/67; o Decreto-Lei n. 1.985, de 29.10.1940, criou o Código de Minas, que foi substituído pelo Decreto-Lei n. 227/67; o Decreto n. 2848, de 07.12.1940, que institui o Código Penal (MILARÉ, 2000, p. 80).

Com o movimento ecológico nos anos 60, surgem diversas leis esparsas que conferem tutela jurídica ao meio ambiente, por exemplo: o Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30.11.1964); o Código Florestal Brasileiro (Lei 4.771, de 15.09.1965); a Lei de Proteção a Fauna (Lei n. 5.197, de 03.01.1967); o Código da Pesca (Decreto-Lei n. 227, de 28.02.1967); o Código de Mineração (Decreto-Lei no. 227, de 28.02.1967); a Política Nacional de Saneamento Básico (Decreto-Lei n. 248, de 28.02.1967); o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental (Decreto Lei n. 303, de 28.02.1967); a Lei n. 5.318, de 29.09.1967, que instituiu a Política Nacional de Saneamento, que revogou os Decretos ns. 248/67 e 303/67; Lei n. 5.357, de 17.11.1967, que impõe penalidades para embarcações marítimas ou

fluviais que lançarem detritos ou óleo em águas brasileiras; Decreto-Lei n. 1.413, de 14.08.1967, que regula o controle de poluição do meio ambiente provocado por atividades industriais; Lei n. 6.453, de 17.12.1977, institui a responsabilidade civil por danos nucleares e responsabilidade criminal por atos relacionados às atividades nucleares; Lei n. 1.513, de 20.12.1977, cria as áreas especiais e locais de interesses turísticos; Lei n. 6.766, de 19.12.1978, institui o parcelamento do solo urbano (MILARÉ, 2000, p. 81).

No entanto, apesar da grande quantia de leis que objetivavam regular algumas questões relacionadas ao meio ambiente, foi a partir de 1980, é que a legislação passou a ganhar mais consistência e celeridade, considerando que as leis não se preocupavam com a tutela específica do meio ambiente, mas o tratavam de modo pontual e fracionado.

A mudança dessa concepção se deu a partir da conscientização deflagrada no mundo pela Conferência de Estocolmo de 1972, que influenciou, sobretudo, a inserção no cenário jurídico brasileiro leis que tratassem da questão ambiental de modo específico.

Em 31.08.1981, surgiu no Brasil a Lei 6.938/81, que trouxe significativos avanços na tutela jurídica do meio ambiente. Foi a primeira legislação a contemplar o conceito de meio ambiente como objeto específico de proteção em seus múltiplos aspectos, inclusive, criou o Sisnama – Sistema Nacional de Meio Ambiente, com o objetivo de implantar uma política nacional de proteção ambiental integrada, imputando ao causador do dano ambiental a responsabilidade objetiva (sem culpa).

Outro significativo avanço na tutela do meio ambiente foi a Lei 7.347, de 24.07.1985, ao disciplinar a Ação Civil Pública como instrumento processual para a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, propiciando que a defesa do meio ambiente fosse levada a tutela do Judiciário, tornando-se, segundo as palavras de MILARÉ (2000, p. 82), caso de justiça.

Foi na Constituição Federal de 1988 que o meio ambiente ganhou um espaço de significativa importância, sendo conduzida a condição de direito fundamental, com um Capítulo específico, constituindo-se em um dos mais avançados textos do mundo na tutela jurídica do meio ambiente, conforme é visto em item próprio mais adiante.

A proteção ambiental passa a ser objeto de um cuidado especial pelo legislador e as penalidades previstas passam a ser rigorosas. É com esse objetivo que é editada a Lei 9.605, de 12.02.1998, chamada de Lei dos Crimes Ambientais, ao dispor sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente inaugurando uma sistematização das sanções administrativas, passando-se a tipificar organicamente os crimes

ecológicos, inovando inclusive quanto à responsabilidade da pessoa jurídica como sujeito ativo do crime ecológico (MILARÉ, 2000, p. 82).

2.5.1 O Direito Ambiental nas Constituições Brasileiras

As Constituições anteriores a 1988, não se preocuparam especificamente com a proteção ambiental. No entanto, alguns dispositivos davam sinais de que a questão ambiental começava a despertar preocupação do legislador constitucional, exigindo a devida tutela do ordenamento jurídico.

A Constituição do Império (1824) não fez qualquer referência ao meio ambiente, fazendo alusão somente a proibição de indústrias contrárias à saúde do cidadão (art. 179), mostrando-se sensível a sadia qualidade de vida do cidadão, o que envolve implicitamente preocupação com a preservação do meio ambiente.

Na Constituição Republicana foi atribuída competência legislativa à União para legislar sobre minas e terras (art. 29, n. 29).

A Constituição de 1934 dispensou proteção especial às belezas naturais, ao patrimônio artístico e cultural (arts. 10, III e 148).

A Constituição de 1937 se preocupou com a proteção dos monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como das paisagens e locais especialmente dotados pela natureza (art. 134), incluindo sobre as matérias de competência de a União legislar sobre minas, águas, florestas, caça, pescas e sua exploração (art. 16); cuidou ainda da competência legislativa sobre subsolo águas e florestas no art. 18, tratando também da proteção das plantas e rebanhos contra moléstias e agentes nocivos;

Na Constituição de 1946 foi mantida a defesa do patrimônio histórico cultural, paisagístico (art. 175) e a competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa da saúde, das riquezas do subsolo, das águas, florestas, caças e pesca.

A Constituição de 1967, também manteve a proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 172, parágrafo único); estabelece competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa da saúde, sobre jazidas, florestas, caça, pesca e águas (art. 8º).

Já a Constituição de 1969, emenda outorgada pela Junta Militar de 1967, cuidou da defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 180, parágrafo único), sendo que no que diz respeito à competência, manteve as disposições da Constituição emendada; no art. 172, preceituou que “a lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o

aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades” e que o “mau uso da terra impedirá o proprietário a receber incentivos e auxílio do Governo”. Caber observar a introdução, aqui, do vocábulo ecológico, pela vez primeira em textos legais (MILARÉ, 2000, p. 210-11).

Porém, a questão ambiental no direito brasileiro foi efetivamente impulsionada pela sociedade brasileira e mundial a partir da década de 70, mas foi com o advento da Lei 6.938/81, que se tem o primeiro e mais importante diploma legislativo dedicado a questão ambiental, ao estabelecer os fins e os mecanismos da tutela ambiental no sistema jurídico nacional, estabelecendo a responsabilidade objetiva (independente de culpa) do poluidor por danos causados ao ambiente, conforme o seu art. 14º. , § 1º, e o estudo prévio do impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade lesiva ou potencialmente lesiva ao ambiente (art. 10).

Foi através da Lei 6.938/81, ao instituir a Política Nacional do Meio Ambiente, que o meio ambiente passou a ser considerado como patrimônio público, protegido tendo em vista o uso coletivo, tendo por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, visando assegurar condições ao desenvolvimento econômico, à proteção da dignidade da pessoa humana.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), também, foi outro mecanismo legislativo que consagra no seu objeto de tutela a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a teor de seu art. 1º, inciso I, aos bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico (inciso II), e ordem urbanística.

Um dos aspectos mais interessantes da Lei da Ação Civil Pública é a atribuição de legitimidade ativa para as associações e civis, as denominadas ONGs (art. 5º.), dando uma margem democrática maior à tutela ambiental e reconhecendo o protagonismo da sociedade civil para isso.

Destaca-se, sobretudo, o Código Florestal Brasileiro, introduzido através da Lei 4.771/65, que antecedeu todos os diplomas retro citados, o qual elenca uma série de medidas de tutela ambiental, principalmente, no que diz respeito à propriedade rural, como a reserva legal (art. 1º, § 2º, III), e a área de preservação permanente (art. 1º, § 2º, inciso III).

A primeira fase da proteção ambiental no cenário jurídico brasileiro, que é denominada de fase “pré-constitucional”, tem no Código Florestal Brasileiro, na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e na Lei da Ação Civil Pública os seus principais referenciais normativos.

A segunda fase do Direito Ambiental Brasileiro tem o seu marco histórico definido pela Constituição Federal de 1988, ao destacar o meio ambiente no Capítulo VI art. 225, “Caput”:

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 às presentes e futuras gerações.

A Constituição Federal passou a ser o grande vértice normativo da proteção jurídica do meio ambiente, irradiando a sua normatividade para todo o corpo legislativo infraconstitucional anterior e posterior a sua promulgação, recepcionando os textos anteriores não contrários as suas disposições.

Se antes da Constituição de 1988 a origem do Direito Ambiental estava vinculada ao Direito Administrativo, com a promulgação essa relação sofreu uma inversão em favor do Direito Constitucional, em razão da consagração do direito ambiental como direito fundamental, constituindo-se um novo direito (e dever) fundamental da pessoa humana (FENSTERSEIFER, 2008, p. 160-161).

2.6 O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal vigente, nas palavras de MILARÉ (2002, p. 211), “[...] captou com indisputável oportunidade o que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza -, traduzindo em vários dispositivos o que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente.

A dimensão conferida ao tema não se resume aos dispositivos concentrados, especialmente, no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social, mas alcançam também inúmeros outros regramentos insertos ao longo do texto, nos mais diversos Títulos e Capítulos, decorrentes do conteúdo multidisciplinar da matéria.

A Constituição Federal de 1988 é considerada um dos textos constitucionais mais avançados do Planeta em matéria ambiental.

2.7 A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA

Nos termos do art. 170, “Caput”, e inciso VI, da Constituição, a ordem econômica brasileira é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, têm entre seus princípios “a defesa do meio ambiente”, constituindo, se não no principal, em um dos principais avanços da lei maior em relação ao meio ambiente (MILARÉ, 2000, p. 212).

No sistema jurídico brasileiro, o meio ambiente é considerado um bem jurídico autônomo, erigido á categoria de um dos valores ideais da ordem social, dedicando-lhe um Capítulo específico na Constituição Federal e um significativo número de normas e regras esparsas, institucionalizando o direito ao meio ambiente como um direito fundamental do indivíduo (MILARÉ, 2000, p. 212).

A Constituição Federal definiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado, em seu art. 225, caput, como um direito de todos, atribuindo-lhe a natureza de bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, ainda, determinando a corresponsabilidade do cidadão e do Poder Público pela sua defesa e preservação. O direito ao meio ambiente equilibrado constitui um direito fundamental individual e coletivo, sendo que como um direito fundamental, é um direito indisponível (MILARÉ, 2000, p. 213-4).

Convém ressaltar que os bens de uso comum do povo são: os mares, as praias, as praças, os rios, estradas, as ruas, ou seja, “todos os locais abertos à utilização pública adquirem esse caráter de comunidade, de uso coletivo, de fruição própria do povo”, acrescentando ainda que os usuários sejam anônimos, indeterminados, sendo que os bens são utilizados por toda a coletividade “*ui universi*”, esclarecendo que “ninguém tem o direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem, arrematando que” o direito de cada cidadão limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus resultantes” (MEIRELLES, 1990, p. 436-9).

Na concepção do jurista Jose Afonso da Silva (1997, p. 31), o “Caput”, do art. 225, da Constituição Federal, revela a norma-matriz do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o parágrafo primeiro e seus incisos contemplam os instrumentos de garantia e efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; os parágrafos segundo ao sexto preconizam o conjunto de determinações particulares em relação aos objetos e setores, por se referirem de áreas e setores de elevado conteúdo ecológico, sendo merecedores da tutela constitucional.

2.8 O DIREITO DE PROPRIEDADE E O MEIO AMBIENTE

O mero desenvolvimento econômico a qualquer custo vem sendo repensado pela sociedade mundial e, especialmente, pela sociedade brasileira, através de fórmulas alternativas de desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento que tem com objetivo principal conciliar o desenvolvimento econômico e a preservação do ecossistema

Na Conferência da Terra, mais conhecida como ECO 92, realizada no Brasil em 1992, foi adotada a Declaração do Rio e na Agenda 21, o desenvolvimento sustentável como meta a ser buscada e respeitada por todos os Países, não sendo possível somente dar prioridade ao desenvolvimento econômico, como também não é possível entender somente pela defesa exclusiva do meio ambiente, sendo que o melhor caminho a seguir é conciliar os dois, pois um é fonte de recursos para o outro.

Conciliar a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico significa, sobretudo, levar em conta os problemas ambientais como um processo contínuo de planejamento, atendendo-se às exigências de ambos, observando as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espaço, o que significa que a política ambiental não deve ser um obstáculo ao desenvolvimento econômico, mas, acima de tudo, um de seus instrumentos, através da gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material (MILARÉ, 2000, p. 36).

O Direito Ambiental não pode ser contrário ao desenvolvimento econômico, ou contrário as atividades econômicas de um País, havendo a necessidade e finalidade de compatibilizar o crescimento econômico com o respeito pelas formas de vida existentes no planeta Terra com a sustentabilidade dos recursos naturais renováveis e não renováveis, com os direitos humanos fundamentais, com a melhoria da qualidade de vida desta e das futuras gerações.

Assim como o direito ao meio ambiente é um direito de todos e um dever do Estado, o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual todas as pessoas e todos os povos estão aptos a participar econômica, social, cultural e politicamente, conforme determina o § 1º, do art. 1º, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

O legislador tem a preocupação em proporcionar às pessoas, meios para que consigam melhores condições de vida, sendo indispensável para isso o estudo do desenvolvimento sustentável, sendo que toda essa ideia foi defendida por Capra (2002, p. 110), ao afirmar que uma sociedade sustentável se faz pelo repensar das tecnologias e

instituições sociais capazes de anular o abismo existente entre o antropocentrismo e o biocentrismo.

Segundo Farias (1999, p. 275) o desenvolvimento sustentável é aquele que investe no meio ambiente para assegurar sua conservação e sua recuperação, defendendo a ideia de que o meio ambiente deve ser conservado ao longo do processo produtivo, dando sustentação ao convívio das gerações futuras com dignidade, que não venham experimentar o impacto da degradação ambiental.

O direito de propriedade e o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado constituem direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados na Constituição Federal de 1988.

3 A SOLUÇÃO PARA O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO AMBIENTAL: A EXIGÊNCIA DA RESERVA LEGAL

Neste capítulo é objeto de análise o conflito entre o direito individual de propriedade e o direito coletivo ambiental, observando especificamente como exemplo a Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui a obrigatoriedade da criação da reserva legal⁸ nas propriedades rurais.

A tensão entre o direito propriedade e o direito ambiental no caso da exigência da reserva legal é objeto de estudo na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, pois ambos estão catalogados na Constituição Federal de 1988, como direitos fundamentais, porquanto o direito de propriedade vem catalogado no art. 5º, inciso XXII e o direito ao meio ambiente ganhou expressão de direito fundamental coletivo no art. 225, “caput”.

Consoante os objetivos do presente estudo, importa observar se entre direitos fundamentais individuais e coletivos pode ou não existir hierarquia, através do seguinte questionamento: Um direito fundamental pode ser excludente de outro direito fundamental, considerando que ambos estão no mesmo nível de hierarquia normativa constitucional? Na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, como poderá ser resolvida a questão?

Para se obter a resposta ao questionamento acima foi necessário o estudo da evolução histórica e da transformação dos direitos fundamentais ao longo da história política jurídica brasileira, o que foi objeto do primeiro capítulo, destacando-se os direitos fundamentais como direitos de defesa do indivíduo contra as ingerências do Estado à sua liberdade individual e à propriedade, principalmente em um regime democrático em que os cidadãos ficam expostos aos abusos dos poderes constituídos e a injustiças.

Os direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa impõem limitação ao poder do Estado, deferindo o direito subjetivo ao cidadão para impedir as ilegais intervenções no âmbito dos direitos fundamentais.

⁸ O conceito de Reserva Legal disciplinada pelo Código Florestal (Lei 4.771/65), com as modificações introduzidas, em um primeiro momento pela Lei 7.803/89 e, depois pela Medida Provisória 1956-50, de 26 de maio de 2000 e, em seguida, pela Medida Provisória 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, em vigor por força da Emenda Constitucional 32/2001, é definido no inciso III do § 2º, art. 1º, da Lei 4.771/65, nos seguintes termos: “Área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação 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.” Esse conceito é redefinido no Projeto de Lei no. 1.876/99, em tramitação no Congresso Nacional, no art. 2º, inciso XIV, como sendo: Área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 14, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.

O estudo do confronto entre os direitos fundamentais de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que foram objetos de análise no segundo capítulo, são examinados agora à luz dos princípios da unidade da Constituição Federal e, sobretudo, do princípio da proporcionalidade, considerando que tanto na perspectiva jurídico-objetiva, quanto na perspectiva jurídico-subjetiva, encontram-se no mesmo nível normativo constitucional.

Interessa, pois, ao desenvolvimento da pesquisa o enfrentamento do confronto entre os direitos fundamentais de propriedade e o direito ambiental coletivo, em razão da aplicação da norma representada pela Lei 4.771/65, que exige a implantação da reserva legal nas propriedades rurais, como instrumento de efetivação da política de proteção ambiental.

Buscar-se-á, assim, apresentar a solução para o conflito supracitado, na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais e da legislação vigente, tendo como fundamentação teórica o princípio da unidade da Constituição Federal e da proporcionalidade.

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA PROPORCIONALIDADE

Na compreensão do presente capítulo, se faz indispensável conhecer a origem e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, os quais segundo Barroso (2009, p. 224), apresentam conceitos próximos, são intercambiáveis, abrigam os mesmos valores (racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrário e caprichosos), estão vinculados à garantia do devido processo legal, cuja matriz remonta a *law of the land*, inscrita na Magna Carta de 1215, que constitui um dos maiores antecedentes do constitucionalismo.

No direito constitucional moderno a consagração positiva do princípio da proporcionalidade ocorreu na Constituição Norte-Americana, em que a cláusula do devido processo legal (*due processes of law*) se tornou um dos maiores antecedentes do constitucionalismo e uma das fontes mais expressivas da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos nos últimos dois séculos.

Antes de se delimitar os contornos do princípio da razoabilidade e as suas potencialidades no direito brasileiro, é indispensável percorrer a sua trajetória no direito norte-americano, considerando que o princípio do devido processo legal americano, apresentou duas grandes fase; a primeira, com caráter estritamente processual (*procedural due process*); a segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), tornando-se este último fundamento

de um criativo exercício de jurisdição constitucional, que ao lado do princípio da igualdade perante a lei, tornou-se um importante instrumento de defesa dos direitos individuais, mediante o controle do arbítrio do legislador e da discricionariedade do Governo, permitindo assim o exame da razoabilidade e racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público (BARROSO, 2009, P. 225).

Ao comentar a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, ou princípio da proporcionalidade Alexy (2006, p. 116) ressalta que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, o que significa que a teoria dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, tendo o Tribunal Constitucional Alemão afirmado que a máxima da proporcionalidade decorre da própria essência dos direitos fundamentais.

Na concepção de Alexy, os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, sendo que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, da exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas, pois quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com outro princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a efetivação dessa norma depende do princípio antagônico.

Para se chegar a uma decisão é indispensável o sopesamento nos termos da lei de colisão. Para o professor de Kiel, o princípio da proporcionalidade é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, em que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre dos fatos de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2006, p. 117)

Foi através do fundamento do devido processo legal que se abriu um amplo espaço para exame do mérito dos atos do Poder Público, mediante a redefinição do conceito de discricionariedade, pois o princípio da razoabilidade traduz a ideia de justiça. A aplicação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade tem por objetivo verificar a compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins, pois somente diante da presença dessas condições é que se poderá limitar algum direito individual (BARROSO, 2009, p. 226).

Ricardo Cretton Aziz (2001, p. 66), observa que o reconhecimento do princípio da proporcionalidade como princípio constitucional foi obra da doutrina e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão no período pós-Segunda guerra, tendo como marca de referência a decisão de 1971, sobre a armazenagem de petróleo, tendo o Tribunal Constitucional Alemão o conceituado nos seguintes termos:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.

O princípio da proporcionalidade decorre do reconhecimento da supremacia hierárquica- normativa da Constituição Federal, exercendo duas dimensões que se completam: a primeira o considera um princípio geral que veda o arbítrio do Estado; a segunda defende o entendimento de que é um princípio que visa à concretização dos diferentes direitos, interesses e garantias constitucionais, cada cláusula antiarbítrio, conforme a primeira dimensão exerce uma função negativa ou de proteção do indivíduo contra os arbítrios estatal.

O princípio da proporcionalidade é instrumento de concretização das pretensões constitucionais que passam se apresentar contraditórias, ou em conflito, exercendo função positiva de afirmação da normatividade das normas constitucionais (PONTES, 2000, p. 44 e 45).

Na concepção de Bonavides (2002, p. 394-5), o princípio da proporcionalidade protege o cidadão contra os excessos do Estado, sendo o escudo dos direitos e liberdades constitucionais.

Robert Alexy (2006, p. 93) observa que as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma diferente, sendo que se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder, porém isso não quer dizer que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que deva ser introduzindo uma cláusula de exceção como no caso do conflito entre regras⁹.

O citado autor observa que um dos princípios tem precedência sobre o outro sob determinadas condições, mas sobre determinadas condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta, já que os princípios apresentam pesos diferentes e os princípios de maior peso têm preferência.

Nas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão podem ser encontrados exemplos de sopesamento de interesses: a decisão sobre a incapacidade de participar de audiência processual e a decisão do caso Lebach; o primeiro caso dizia respeito à incapacidade para participar de uma audiência processual de um acusado que corria o risco, devido à tensão, de sofrer um derrame cerebral ou um infarto (ALEXY, 2006, p. 94).

⁹ Conforme Alexy (2006, p. 92), “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se introduz, em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio”.

O Tribunal Federal Constitucional alemão observou que nesse caso havia uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionais, cuja proteção o Estado também é obrigado constitucionalmente, sendo que essa tensão não pode ser solucionada com fundamento em uma preferência absoluta de um os deveres do Estado, pois nenhum deles goza, “por si só”, de prioridade.

O conflito deve ser solucionado por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes; o objetivo desses sopesamento é definir qual dos interesses, que estão abstratamente no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto.

Concluído que os interesses do acusado é sensivelmente maior que os interesses que se baseia a ação estatal, então a intervenção do Estado viola o princípio da proporcionalidade e, conseqüentemente, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, I, da Constituição Federal Alemã.

Essa decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios, sendo que as diferenças são de ordem terminológica, pois na decisão não se fala em “colisão”, mas de uma “situação de tensão” e de um “conflito”, e aquilo que colide e que é sopesado não caracterizado como princípio, mas como dever, direito fundamental, pretensão, interesse (ALEXY, 2006, p. 94-95).

A caracterização da situação decisória como uma colisão entre princípios é possível, e que isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida do possível, a operacionalidade do direito penal, e, de outro lado, o dever de manter incólume, na maior medida do possível, a vida, a integridade física do acusado. Observa que esses deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fácticas e jurídicas de sua realização (ALEXY, 2006 p. 95-96).

No caso Lebach, estava em questão o fato de a emissora de Televisão ZDF pretender exibir documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”, contando a história de um crime em que quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com a intenção de se cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice dessa prática criminosa, na época prevista para exibição do documentário, que estava prestes a ser liberado da prisão, entendia que a exibição do documentário, onde era nominalmente citado e com a imagem expostas por foto, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição alemã, ameaçando a sua ressocialização. Porém, o Tribunal Regional rejeitou seu pedido de medida cautelar com o objetivo de proibir a exibição

do documentário, tendo o Tribunal Superior Estadual também negado provimento ao recurso contra a decisão de primeira instância, tendo ajuizado uma reclamação constitucional perante a Suprema Corte Alemã.

O Tribunal Constitucional Federal constatou que a repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime não era mais revestido de interesse atual pela informação, sendo que a exibição da documentação, com essa percepção coloca em risco a ressocialização do autor da ação, concluindo que a proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar, o que no caso, significou à proibição de veicular a notícia ((Alexy, 2006. P. 100).

É importante destacar o caráter “*prima facie*” das regras e dos princípios: princípios exigem que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes; os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, pois da relevância de um princípio em determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para o caso, pois os princípios representam razões que podem ser afastadas por outras razões antagônicas.

Com as regras é diferente, porque as regras exigem que algo seja feito de acordo com aquilo que elas ordenam, sendo que apresentam uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fácticas, sendo que essa determinação pode falhar em face das impossibilidades jurídicas e fácticas, mas se isso acontecer, vale o que a regra prescreve (ALEXY, 2006, p. 104).

A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso da incapacidade para participar da audiência processual mostra que as normas que conferem direitos fundamentais aos indivíduos quanto às normas e exigem a persecução de um interesse da comunidade podem ser compreendidas como princípios, sendo possível introduzir uma carga argumentativa a favor dos princípios do primeiro tipo e contra os princípios do segundo tipo, ou seja, uma carga argumentativa a favor de interesses individuais e contra interesses coletivos (ALEXY, 2006, p. 106).

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. A vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social.

A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação (BARROSO, 2009, p. 330-1).

Ao comentar os conflitos normativos Barroso (2009, p. 331), esclarece que sendo o direito um sistema de normas harmonicamente articuladas, uma situação de fato não poderá ser regida de forma simultânea por duas disposições legais contrapostas.

Segundo Barroso, na solução do conflito de leis, o ordenamento jurídico utiliza três critérios tradicionais: *o da hierarquia*, no qual a lei superior prevalece sobre a inferior; *o cronológico*, segundo o qual a lei posterior prevalece sobre a anterior; *o da especialização*, em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Entretanto, esses critérios não podem ser utilizados quando a colisão ocorre entre normas constitucionais, principalmente, entre os princípios constitucionais, categoria na qual se inserem os conflitos entre direitos fundamentais, como no caso do presente estudo.

Barroso (2008, p. 32) faz a seguinte observação:

(...) enquanto as normas são aplicadas na plenitude da sua força normativa – ou, então, são violadas -, os princípios são ponderados. A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se á vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.

A submissão do Estado ao princípio da proporcionalidade significa impor um limite jurídico constitucional à ação normativa do Estado (PONTES, 2000, p. 50-3).

Com efeito, a ponderação é um mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos, conquistou a doutrina e vem repercutindo nas decisões dos Tribunais Superiores (BARROSO, 2008, p. 33).

O princípio da proporcionalidade guarda semelhança com o princípio da razoabilidade, porém ambos diferem inclusive na origem, porquanto a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, como desdobramento do direito ao devido processo legal substantivo, desenvolvendo com o sistema da *common law*, através de precedentes sucessivos, despreocupada com uma formulação sistemática; o princípio da proporcionalidade tem a sua origem no sistema jurídico alemão, tendo as suas raízes romano-germânica o

conduzido a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado, constituindo-se em um instrumento de direito constitucional nos Estados Unidos para aferir a constitucionalidade das leis.

Na Alemanha, surgiu como instrumento de controle dos atos do Executivo, a partir do Direito Administrativo. Apesar da origem e desenvolvimento diversos, ambos abrigam os mesmos valores, apresentando conceitos próximos, como justiça, racionalidade, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários e caprichosos (BARROSO, 2009, p. 374).

3.2 A EXIGÊNCIA DA RESERVA LEGAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Poder Público tem o dever constitucional de proteger a flora e adotar as medidas no sentido de coibir práticas lesivas ao patrimônio ambiental, porém na aplicação da legislação ambiental, especialmente quanto à exigência da reserva legal nas propriedades rurais, não pode ignorar o princípio da unidade da Constituição Federal e o princípio da proporcionalidade analisados no item 3.1.

O direito ao meio ambiente equilibrado é um direito coletivo fundamental, constituindo garantia deferida pela Constituição Federal de 1988 a todos os cidadãos, porém não se pode impor qualquer restrição ao direito fundamental de propriedade e, sobretudo, restringir o conteúdo econômico da propriedade rural privada, porque as normas e os princípios constitucionais não exoneram o Poder Público da obrigação de indenizar os proprietários rurais que venham sofrer restrições ao direito de propriedade decorrente da obrigatoriedade da reserva legal, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal que será objeto de análise no item 3.6.

Cumpra assim ressaltar que não é mais possível aceitar a ideia da prevalência das normas de direito ambiental sobre as normas que tutelam direito individual de propriedade, sob o fundamento da prevalência do interesse público sobre o privado.

A clássica concepção da divisão entre direito público e direito privado, na atualidade, foi superada pela nova divisão direito individual e direito coletivo de acordo com o estudo objeto do primeiro capítulo.¹⁰ Isto significa que a legislação ambiental tem que conviver com as normas e princípios constitucionais, e no caso da reserva legal, notadamente com o art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal que garante e assegura o direito de propriedade em todas

¹⁰ Item 14, p. 44

as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal (art. 5º, inciso XXIV).

Os direitos fundamentais do art. 5º, incisos XXII, XXIV e LV da Constituição Federal são os direitos de defesa do cidadão contra a ingerência estatal na esfera do direito individual à propriedade, pois o art. 225 da Constituição Federal, apesar de contemplar um direito fundamental coletivo, não converteu em bens públicos os imóveis particulares.

A Constituição Federal vigente confere tutela efetiva ao direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII), garantindo a compensação financeira sempre que o direito de propriedade for atingido no seu conteúdo econômico (art. 5º, inciso XXIV),

a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvada os casos previstos nesta constituição;

Com efeito, o art. 225, da Constituição Federal deve ser interpretado de modo a possibilitar a convivência entre o direito de propriedade e o direito ambiental na aplicação das suas normas, o que pode ser feito de forma integrada e em harmonia com os demais princípios e as normas constitucionais, em especial com o disposto no art. 5º, inciso XXII, que assegura o direito de propriedade, bem como com o inciso XXIV, que garante justa e prévia indenização em dinheiro ao proprietário que for afetado no direito de propriedade, e, ainda, o inciso LIV, do art. 5º, que veda o confisco de bens particulares, observando-se assim o princípio da unidade da constituição e o princípio da proporcionalidade.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, mas por ser um dever do Poder Público e da coletividade, não se pode autorizar a transferência do ônus da política de preservação ambiental exclusivamente aos proprietários rurais, em face da exigência da implantação da reserva legal nas propriedades rurais.

Com a exigência da reserva legal, a maior parte do ônus da política de preservação do meio ambiente é atribuída ao proprietário rural, de modo desequilibrado se comparada a outras restrições feitas às empresas, fundações, etc.

A proteção ambiental tem que ser tratada como um direito-dever de todos e do Estado e não somente de uma categoria de indivíduos (proprietários rurais), porque há uma série de riscos ambientais em consequência do desenvolvimento tecnológico e industrial das sociedades contemporâneas, o que inclusive levou o sociólogo alemão Ulrich Beck a publicar, em 1986, a sua obra sobre a “sociedade do risco”, fazendo um diagnóstico do contexto dos

riscos existenciais e ambientais que seriam enfrentados pela humanidade em razão do poder destrutivo das novas tecnologias desenvolvidas pela ciência (pós) moderna, tendo inserido a degradação ambiental no centro da sua teoria social. Entre os perigos ecológicos destacou os acidentes nucleares, a liberação de substâncias químicas em larga escala, a alteração e manipulação da composição genética da flora e da fauna do planeta, inclusive ressaltando a possibilidade de autodestruição da humanidade (FENSTERSEIFER, 2008 p. 105).

O direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado corresponde a um direito-dever, exigindo um comportamento positivo e um comportamento negativo, cuja atribuição de direitos e deveres pressupõe o valor da solidariedade, com participação e responsabilidade de toda sociedade.

É certo dizer que a Constituição Federal, também denominada de Constituição cidadã, inaugurou uma nova era na história jurídica do país e ao constitucionalizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deu um impulso ao que pode ser chamado de cidadania ambiental. Mas para que ela se concretize é necessária a participação do cidadão por meio do exercício da cidadania e a ampla consciência individual e coletiva da necessidade permanente da proteção contínua e sistemática da natureza como condição da qualidade de vida e da própria sobrevivência humana (DEL'OMO, 2009, p. 233).

A concretização da reserva legal, como instrumento de política de proteção ambiental, não pode ser arbitrária e ilegal, devendo ser respeitado o devido processo legal de desapropriação mediante a justa indenização, não só do valor da terra nua, mas também dos lucros cessantes, o que significa que o proprietário rural pode ser ressarcido dos prejuízos que experimentar pela impossibilidade de exploração econômica integral do imóvel rural (DUTRA, 2009, p. 44).

O direito ao meio ambiente como direito fundamental, não pode prevalecer sobre o direito individual de propriedade, classificado historicamente como direito fundamental no sistema jurídico brasileiro desde a Constituição de 1824, conforme foi visto no primeiro capítulo, pois o direito coletivo, na concepção moderna da teoria dos direitos fundamentais, não tem preferência sobre o direito individual.

O direito constitucional é um sistema de normas harmonicamente articuladas, sendo que uma situação não pode ser regida simultaneamente por disposições legais que se contraponham, principalmente em se tratando de princípios constitucionais, categoria na qual se encontram os conflitos entre os direitos fundamentais. Enquanto as regras são aplicadas na sua plenitude, os princípios são ponderados.

Com efeito, a ponderação é um mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos, conquistou a doutrina e vem repercutindo nas decisões dos Tribunais Superiores, pois se tratando de direitos fundamentais, sempre que houver conflito entre eles, deve prevalecer o princípio da unidade da Constituição Federal, mediante a aplicação do princípio da ponderação ou da proporcionalidade, conforme o entendimento de Barroso (2009, p. 331).

A solução do problema objeto da pesquisa permite a aplicação do princípio da proporcionalidade:

Deve ser analisado se as vantagens apresentadas se sobrepõem aos ônus, isto é, se as medidas adotadas se justificam em função de trazer mais benefícios do que sacrifícios ao particular, isto é, se os fins justificam os meios empregados. Deve haver uma correspondência entre o fim de uma disposição normativa e o meio judicial empregado.

O princípio da proporcionalidade, mesmo que não expresso nas Constituições tem sido reconhecido pelas Cortes constitucionais de diversos países preocupados em buscar a concretização dos Direitos Fundamentais (GROFF, 2007, p. 230).

A tendência, na atualidade, indica o crescente emprego do princípio da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, em função da relevância adquirida pelos princípios e pela busca da concretização da Constituição e, em especial dos Direitos Fundamentais, sendo que estão reunidas as condições no Supremo Tribunal Federal para que os princípios constitucionais e, em especial, os princípios de Direitos Fundamentais encontrem plena efetividade, e isto com o auxílio do instrumental princípio da proporcionalidade (GROFF, 2007, p. 232).

O direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, apesar de reconhecido pela Constituição Federal como direito fundamental coletivo deve ser interpretado de forma harmoniosa com as demais normas constitucionais, especialmente, aquelas consagradas no art. 5º, incisos XXII, XXIV, LIV, sob pena de nítida violação aos princípios constitucionais fundamentais (DUTRA, 2009, p. 27).

Sempre que caracterizado o conflito de normas constitucionais deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade.

3.3 NATUREZA CONFISCATÓRIA DA RESERVA LEGAL

Considerando os apontamentos acima, infere-se que a exigência de criação da reserva legal na forma preconizada pelo Poder Público nas propriedades rurais, sem a

observância dos princípios da unidade da Constituição Federal e da proporcionalidade, pode caracterizar confisco de bens particulares, o que não é autorizado pelo sistema jurídico e, principalmente, pelos princípios constitucionais, a teor do disposto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal que preceitua: “Ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O direito ao devido processo legal expropriatório para fins de implantação da reserva legal é um direito de defesa¹¹ do cidadão contra a ingerência abusivas e ilegais do Poder Público, a exemplo dos incisos XXII, XXIV, ambos do art. 5º, da Constituição Federal.

3.4 O DECRETO N. 6.514/08

O Decreto n. 6.514/08, com as alterações introduzidas pelo Decreto n. 6.686/08 e pelo Decreto n. 7.029/10, com o objetivo de exigir a implantação da reserva legal, estabeleceu as sanções para quem não averbar e implantar a reserva legal, o que significa que o proprietário rural que não averbar a reserva legal, terá aplicada uma pena de advertência e multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais), a R\$ 500,00 (quinhentos reais), por hectare ou fração da área de reserva legal (art. 55). Entretanto, o citado dispositivo está com vigência suspensa pelo Decreto n. 7.029/10.

O referido Decreto pode ser visto como dotado de flagrante inconstitucionalidade, porque contraria, sobretudo, a Constituição Federal em seu art. 5º, incisos XXII, XXIV e LIV, pois o ato administrativo emanado do Poder Executivo, em hipótese alguma, pode contrariar a Constituição Federal, pelo fato de que está sempre em situação de inferioridade, principalmente, considerando que apresenta evidente natureza de confisco de bens particulares (MEIRELLES, 1990, p. 162).

3.5 A RESERVA LEGAL COMO SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

A exigência da criação da reserva legal não pode ser considerada uma servidão administrativa, pois com a obrigatoriedade no registro imobiliário¹² o uso e a exploração econômica integral da propriedade rural ficam prejudicados, ou seja, o proprietário fica

¹¹ Ver p. 37-8

¹² Art. 16, § 8º, do Código Florestal Brasileiro: “A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.” (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

tolhido no direito de usar, gozar e dispor livremente da propriedade na sua potencialidade econômica (DUTRA, 2009, p. 30), enquanto que na servidão administrativa o proprietário não pode ser proibido de explorar economicamente o imóvel rural na sua integralidade.

Na implantação da reserva legal o proprietário perde o direito de explorar parte do imóvel, pois a gleba destinada à reserva legal não pode ser explorada economicamente. Com a instituição da reserva legal a área destinada, na realidade, passará ao domínio público. O proprietário, por imposição legal assume a obrigação de recuperar a área, reflorestá-la se for o caso e, ainda, fiscalizá-la e conservá-la (DUTRA, 2009, p. 30).

Não se trata de servidão administrativa, porque a servidão é instituída por acordo administrativo ou por sentença judicial precedida sempre de ato declaratório, à semelhança do decreto de utilidade pública para desapropriação. A própria lei geral da desapropriação – Dec-lei 3.365/41, em seu art. 40, admite a constituição de servidões “mediante indenização na forma desta lei” (MEIRELLES, 1990, p. 532).

Apesar de a legislação ser omissa sobre o ônus da implantação e da conservação da reserva legal, tudo indica que ela fica única e exclusivamente sob a responsabilidade do proprietário ou possuidor, que não tem mais o direito de usar e gozar do imóvel em sua plenitude, mas tem a obrigação de fazer e suportar com as despesas da constituição, reflorestamento, custo da fiscalização, sujeitando-se as penalidades por eventuais danos que a área sofrer, inclusive por ação de terceiros, já que a responsabilidade civil ambiental, na maioria dos casos, é objetiva, independendo da participação culposa do proprietário (DUTRA, 2009, p. 30).

A semelhança do procedimento de desapropriação, a servidão administrativa também é indenizável, porém a diferença é que na desapropriação, além do valor do imóvel, os danos emergentes e os lucros cessantes são indenizáveis também; na servidão administrativa são indenizáveis somente os prejuízos efetivamente causados ao uso da propriedade, de acordo com a sua nova utilização, ou seja, caracterizando a redução da potencialidade econômica da propriedade surge o dever de indenização pelo Poder Público (DUTRA, 2009, p. 31).

Neste aspecto, tanto o Código Florestal quanto o Decreto n. 6.514/08 são omissos. Portanto, não se pode inferir se tratar de servidão, se não deveria haver disposição expressa nesse sentido.

Segundo Meirelles (1990, p. 553), pode acontecer de a servidão administrativa prejudicar a total utilização do imóvel, hipótese que se transformará em desapropriação indireta mediante a indenização de todo o imóvel.

Pode-se dizer que o entendimento de que a criação da reserva legal constituiria uma servidão administrativa, não encontra suporte na lei e na doutrina, assim como não se pode afirmar que configura limitação administrativa, que é uma das formas do Estado intervir na propriedade e na atividade privada.

3.6 A RESERVA LEGAL COMO LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

A exigência da reserva legal não pode caracterizar uma limitação administrativa, pois esta, em hipótese alguma pode causar o aniquilamento da propriedade ou da atividade produtiva, nem pode impedir o uso da coisa segundo a sua destinação natural, sendo que essas limitações não são absolutas, nem podem ser arbitrárias, pois devem encontrar seus lindes nos direitos individuais assegurados pela Constituição (MEIRELLES, 1990, p. 537).

Ressalta Meirelles (1990, p. 558), que a limitação administrativa, apesar de ser uma imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social, constituindo-se em preceitos de ordem pública que derivam do poder de polícia inerente à administração pública, exteriorizando-se através de imposições unilaterais e imperativas, sobre a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar de fazer).

A instituição da reserva legal não caracterizaria uma limitação administrativa, porque na forma como ela está posta fere o direito fundamental de propriedade, além de prejudicar a função social da propriedade rural, retirando parte do seu conteúdo econômico.

3.7 A RESERVA LEGAL EM ÁREAS VERDES URBANAS, ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS

É importante saber se as normas do Código Florestal Brasileiro, representado pela Lei no. 4.771/65, são aplicáveis nas áreas urbanas, pois o legislador ao dar a definição de área de preservação permanente como sendo as florestas e demais formas de vegetação natural, na forma das letras “a” a “h”, estabeleceu no parágrafo único:

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

No mesmo sentido é o Código Florestal ao definir as áreas de reserva legal, no art. 16 e estabelecer os critérios técnicos de implantação, preceitua no § 4º que além de ser observada a função social da propriedade, deve ser observado o Plano Diretor Municipal, conforme o inciso II, do citado dispositivo (DUTRA, 2009, p. 92).

A preocupação do legislador se dá em razão da existência de áreas de preservação permanente dentro dos perímetros urbanos.

No entanto, é preciso ter em mente que áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal são coisas distintas; a reserva legal é definida no art. 16 do Código Florestal, porquanto, as áreas de preservação permanente são definidas no art. 2º.

Além das áreas de reserva legal e de preservação permanente, existem ainda as “áreas protegidas”, ou os “espaços territoriais especialmente protegidos”, que são os Parques e Estações Ecológicas, as Reservas Ecológicas e Extrativistas, as Áreas de Proteção Ambiental e de Proteção aos Mananciais, e outras formas de Unidades de Conservação, que são criadas por ato normativo do Poder Público, decorrem da necessidade de proteger determinado ecossistema dotado de peculiaridades e atributos, conforme dispõe o art. 225, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, in verbis:

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

Ressalta-se que as exigências ambientais não são exclusivas aos proprietários rurais, porque são distintas e incomparáveis. Em tais hipóteses, as florestas e demais formas de vegetação somente serão utilizadas e exploradas se não for contrariado o Código Florestal, nem prejudiquem as funções da proteção especial deferida a esses espaços, devendo ser observado às disposições legais referente ao regime jurídico que as instituiu (MILARÉ, 2000, p. 152).

As Estações Ecológicas e de Proteção Ambiental foram criadas e regulamentadas pela Lei 6.902, de 27.04.1981, regulamentada pelo Decreto 99.274, de 06.06.1990, enquanto os Parques Nacionais foram criados pelo Decreto 84.017, de 05.09.1988.

Cumprе ressaltar que a preservação das áreas verdes urbanas são reguladas pelas normas que disciplinam o meio ambiente urbano, as quais são definidas no Plano Diretor, na lei do solo ou em outras leis editadas especificamente em relação à tutela de tais áreas, existindo controvérsia na doutrina sobre a aplicação do art. 2º do Código Florestal em área

urbana, quanto à proteção e delimitação das áreas de preservação permanente (MILARÉ, 2000, p. 153).

Paulo Affonso Leme Machado (2004 p. 719) defende o entendimento de que a Reserva Legal é espaço especialmente protegido, consoante o disposto no art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal:

Para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, incumbe ao Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei. Não se pode negar que a Reserva Legal Florestal constitua um espaço territorialmente protegido. As modificações introduzidas pelo Poder Legislativo em 1989 deram a Reserva Legal um caráter de inalterabilidade.

Jose Afonso da Silva (2000, p. 212), conceitua os espaços territoriais especialmente protegidos como sendo “[...] áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e a proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais”.

A Lei 9.985, de 2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, inciso I, II, III e IV da Constituição Federal ao instituir o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, definiu a Unidade de Conservação como sendo “espaço territorial e seus recursos ambientais”, sem, no entanto, apresentar um conceito de espaço territorial especialmente protegido, permitindo, assim, diferentes interpretações sobre a definição de espaços territoriais especialmente protegidos.

Fiorillo (2000, p. 81), defende que os espaços territoriais especialmente protegidos são as unidades de conservação, porém Milaré (2005, p. 359), mudando a concepção que tinha antes, observa que a Lei 9.985/2000 não cuidou somente de uma categoria de espaços territoriais protegidos, sustentando que esses espaços são as áreas de proteção ambiental, de preservação permanente, de reserva legal e as unidades de conservação.

3.8 A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os Tribunais Superiores, especialmente, o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra em matéria de ordem constitucional, têm se pronunciado no sentido de que a

preservação do meio ambiente e das florestas não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários rurais dos imóveis em que forem instituídas as reservas florestais legais por impor restrição grave ao uso economicamente viável do imóvel rural e uma violação ao direito de propriedade.

Esse entendimento decorre do fundamento de que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXII garante o direito de propriedade e a devida compensação financeira nos termos do inciso XXIV, dispondo que “a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante a justa e prévia indenização em dinheiro...”

É na jurisprudência da Suprema Corte que encontramos entendimento que corrobora a tese da ilegalidade dos atos do Poder Executivo que visam obrigar o proprietário rural a instituir a reserva florestal legal, sem a justa indenização através do devido processo legal de desapropriação:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ESTAÇÃO ECOLÓGICA – RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR – PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225 § 4º.) – LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – DIREITO DO PROPRIETÁRIO À INDENIZAÇÃO – DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR – RE NÃO CONHECIDO.

Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.

A proteção jurídica, dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias, não impede que o “dominus” venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nela existentes. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público.** Precedentes.

A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/ art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do “dominus”, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § da Constituição. (Recurso Extraordinário no. 134297-8. São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Paulo Ferreira Ramos e Cônjuge, j. em 13.06.95. D.J 22.09.95)

Segundo o Relator Ministro Celso de Mello, o dever constitucional do Poder Público proteger a flora e adotar medidas que visem coibir as práticas lesivas ao meio ambiente, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários dos imóveis que venham a ser afetados na sua potencialidade econômica, pelas limitações que são impostas pela Administração Pública.

Ressalta o Ministro Celso de Mello que os atos de desapropriação, ou de apossamento administrativo, ou de imposição de restrições ditadas pela lei e por atos de índole administrativa, obrigam o Estado a ressarcir os prejuízos que se originem da atividade pública, especialmente quando esta importar em esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade, pois a circunstância de o Estado ter competência para criar as reservas florestais não significa a subtração do pagamento da indenização patrimonial ao particular:

[...] A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, por si só – considerando-se os princípios que, em nosso sistema normativo, tutelam o direito de propriedade – a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização patrimonial ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições de direito florestal, impedir ou afetar a válida e racional exploração econômica do imóvel por seu proprietário. [...] o dever que constitucionalmente incumbe ao Poder Público de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental não o dispensa, contudo, quando necessária a intervenção administrativa na esfera dominial privada, de ressarcir os prejuízos materiais que, derivando de eventual esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade, afetem a situação jurídica de terceiros [...] A análise do conteúdo normativo constante do preceito inscrito no art. 225, § 4º, da Carta Federal, de outro lado, permite constatar que, nele, inexistente qualquer regra que, revestida de eficácia exonerativa, desobrigue o Estado de indenizar os particulares em situações específicas de danos patrimoniais causalmente imputáveis à atividade do Poder Público em sede de tutela ambiental.

Efetivamente, o art. 225 da Constituição Federal ao consagrar o direito coletivo ambiental equilibrado, como dever do Estado e direito de todos, não isentou o Poder Público de indenizar os particulares em razão dos efeitos da política ambiental protecionista, especialmente, no caso da exigência da reserva legal em razão da aplicação do Código Florestal.

Importante observação fez o Ministro Marco Aurélio:

É de ter presente, neste ponto, que, sendo de índole comum o direito à preservação da integridade ambiental, **não se pode impor apenas aos proprietários [...] que venham a sofrer as consequências derivadas das limitações incidentes sobre os seus imóveis – os ônus concernentes à concretização, pelo Estado, de seu dever jurídico-social de velar pela conservação, em benefício de todos, de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.**

Por tal razão, as normas inscritas no art. 225 da Constituição não de ser interpretadas de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas

projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal.

No entendimento do Supremo Tribunal Federal, a criação das reservas legais como instrumentos de política da tutela do meio ambiente, mesmo que motivada pela inafastável função social inerente à propriedade não deve ser vista como uma ação arbitrária e inconsequente. Qualquer ação do Poder Público na criação de reservas legais em imóveis particulares não deve ter caráter de confisco, impondo-se sempre a necessária e justa compensação financeira ao proprietário.

Arremata o Ministro Celso de Mello:

Impende ressaltar, bem por isso, que a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais têm sempre enfatizado que a instituição de limitações administrativas, quando incidam sobre as diversas faculdades jurídicas em que se pluraliza o domínio, comprometendo e afetando a própria substância econômica do direito de propriedade, impõe ao poder estatal a ineliminável obrigação de indenizar o proprietário do bem atingido pelo Poder Público.

Com efeito, ante o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a instituição obrigatória das áreas de reserva legal pelo Poder Público na propriedade rural na forma como está posta nas recentes alterações da Lei 4771/65 e no Decreto nº 6514/08 podem ser consideradas arbitrárias e ilegais.

3.9 ALGUMAS FORMAS DE SOLUCIONAR O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO AMBIENTAL

O conflito entre o direito de propriedade e o direito ambiental em consequência da exigência da reserva legal nas propriedades rurais é passível de algumas soluções, conforme é objeto de análise.

A primeira solução para o conflito é a iniciativa do proprietário que, livre e voluntariamente se predispõe a criar gratuitamente a reserva legal, averbando-a a margem da Matrícula no Registro Imobiliário nos termos do art. 16, § 8º, da Lei 4.771/65, assumindo o ônus de implantação e fiscalização, com as consequências por eventuais danos daí decorrentes.

3.9.1 O Ato Declaratório Ambiental – ADA

O Poder Público com objetivo de persuadir o proprietário rural a implantar a reserva legal, por sua vez, vem criando mecanismos, que aparentemente conspiram contra os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, e os colocam à disposição do cidadão. Exemplo disso é a ADA - Ato Declaratório Ambiental através a Portaria 162/97 do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais) previsto nas Leis n. 9.393/96 e n. 10.165/00, que é uma declaração feita pelo proprietário rural ao IBAMA pedindo reconhecimento das áreas declaradas como de preservação e de conservação (Preservação Permanente e Reserva Legal Florestal).

A Finalidade do ADA é o da obtenção de um comprovante emitido pelo IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente - que permite a isenção do Imposto Territorial Rural (ITR) para as áreas destinadas à preservação e proteção das florestas.

No entanto, esse procedimento do Poder Executivo conspira contra o sistema jurídico e os princípios constitucionais da unidade da Constituição Federal e da proporcionalidade porque incentiva a criação da reserva legal na propriedade sem a devida compensação financeira, considerando que o valor do Imposto Territorial é insignificante em relação ao valor da indenização que poderia ser paga ao proprietário.

A questão não é somente o induzimento a erro, através de ato aparentemente ilegal e abusivo do Poder Público, a questão é mais preocupante e diz respeito à perda da potencialidade econômica da área objeto de reserva legal, a qual é diretamente atingida no seu conteúdo econômico – que não é objeto de ressarcimento – podendo inclusive atingir a própria função social da propriedade rural.

O prazo legal para a entrega do ADA, segundo a legislação é de até seis (seis) meses contados da data final do período de entrega da DITR/ITR (Declaração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural), ou seja, até 31 de março do ano subsequente à entrega do ITR. A ADA deve ser entregue uma só vez, no entanto, havendo alteração nas áreas de preservação ambiental, um novo ADA deverá ser entregue.

Todo produtor rural que tenha declarado no Documento de Informação e Apuração do DIAT/ITR (Documento de Informação e Apuração do Imposto Territorial Rural) as áreas de preservação ambiental, deve entregar o ADA ao IBAMA.

O Ato Declaratório Ambiental é emitido porque o art. 104, da Lei n. 8.171/91 determina que as áreas de reserva legal fiquem isentas de Imposto Territorial Rural – ITR, sendo que a principal consequência prevista na Lei nº 10.165/00 art. 17, alínea “o”, parágrafo 1º, pelo não cumprimento da entrega do ADA consiste na perda da isenção do ITR da(s) área(s) declarada(s) como de preservação ou de reserva legal.

Ainda, de acordo com a Lei n. 9.393/96, os produtores estão sujeitos às seguintes penas:

- a) As áreas serão enquadradas como aproveitáveis não utilizadas, podendo levar a uma alteração do Grau de Utilização (GU), provocando um aumento do imposto pelo aumento de alíquota e por consequência acabar afetando a função social da propriedade;
- b) Lançamento de ofício pela SRF (Secretaria da Receita Federal) da área declarada no ITR.

O ato declaratório é uma tentativa de o Poder Público convencer os proprietários rurais, mediante a isenção de ITR (Imposto Territorial Rural), a criarem as reservas legais, sem o devido processo legal e a justa indenização pelos prejuízos causados pela perda da potencialidade econômica da propriedade rural, cuja indenização deve compreender o valor da terra nua e os lucros cessantes.

3.9.2 Cotas de Reserva Florestal

Com a finalidade de estimular a criação da reserva legal voluntariamente e, por conseguinte, justificar a política de preservação ambiental, foi inserido no texto da Lei 4.771/65, novo instituto jurídico, através da Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, que é a servidão florestal, representada por um título chamado de cota de reserva florestal:

Art. 44-B: Fica instituída a Cota de Reserva Florestal – CRF título representativo de vegetação nativa sob regime de servidão florestal, de Reserva Particular do Patrimônio Natural ou reserva legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais estabelecidos no art. 16 deste Código.

Parágrafo único: A regulamentação deste Código disporá sobre as características, natureza e prazo de validade do título de que trata este artigo, assim como os mecanismos que assegurem ao seu adquirente a existência e a conservação da vegetação objeto do título.

Art. 44-C: O proprietário ou possuidor que, a partir da vigência da Medida Provisória nº 1.736-31, de 14 de dezembro de 1998, suprimiu total ou parcialmente florestas ou demais formas de vegetação nativa, situadas no interior de sua propriedade ou posse, sem as devidas autorizações exigidas por lei, não pode fazer uso dos benefícios previstos no inciso III, do art. 44.

Art. 44... (omissis)

§ 5º. A compensação de que trata o inciso III deste artigo deverá ser submetida à aprovação pelo órgão ambiental estadual competente, e pode ser implementada mediante o arrendamento de área sob regime de servidão florestal ou reserva legal, ou aquisição de cotas de que trata o art. 44-B.

As Cotas de Reserva Florestal são títulos que resultam da criação de uma área de mata nativa instituída por um determinado proprietário rural que apresenta ao órgão ambiental uma proposta de interesse na emissão das Cotas, uma vez aprovada à proposta são emitidas as Cotas de Reserva Florestal que representam área com vegetação nativa. Tais títulos são adquiridos por proprietários rurais que ultrapassaram o limite legal de desmatamento.

O proprietário rural que implantar reserva florestal com o objetivo de emissão de Cotas de Reserva Florestal terá que fazer um investimento muito alto. É mais uma tentativa do Poder Público no sentido de persuadir e estimular os proprietários rurais a implantarem voluntariamente as áreas de reservas legais.

O Projeto de Lei n. 1876/99, em tramitação no Congresso Nacional, não apresenta alterações, mantendo a obrigatoriedade da averbação da reserva legal no registro imobiliário, nem em relação aos percentuais das áreas de reserva legal, continuando os percentuais definidos no art. 16 da Lei 4.771/65, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória 2.166-77/2001:

I – oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;

II – trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizado na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo;

III – vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV – vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizadas em qualquer região do País.

3.9.3 Termo de Ajustamento de Conduta

Outra forma de se solucionar o conflito em estudo é através do compromisso de ajustamento de conduta que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 211, da Lei n. 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, e do art. 113, da Lei n. 8.078/90, que acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347/85.

O compromisso de ajustamento de conduta tem por objetivo a conciliação pré-processual de direitos indisponíveis, pois o resultado que se deseja através da Ação Civil Pública constitui um benefício maior ao meio ambiente e aqueles que são seus titulares, tendo a intenção de preservar o meio ambiente, bem como inibir atividades potencialmente poluidoras, cabendo aos órgãos públicos que estão legitimados a proporem a ação civil

pública, o compromisso de adequação da sua conduta às exigências legais, sob pena de cominações previamente pactuadas. O TAC – Termo de Ajustamento de Conduta é título executivo extrajudicial (RODRIGUES, 2002, p. 120).

Entretanto, tanto a iniciativa do proprietário, quer por iniciativa própria, quer em razão dos benefícios deferidos pelo Poder Público, contrariam a concepção de que entre direitos fundamentais não pode existir hierarquia.

No entanto, a solução do conflito que melhor atende aos princípios da unidade da Constituição Federal, do devido processo legal e da proporcionalidade, é a desapropriação da área da reserva legal e a indenização do proprietário, considerando que o sistema jurídico no seu conjunto de regras e princípios, não permite o confisco de bens particulares, mesmo que parcial quando não respeitados os ditames constitucionais.

Na hipótese da reserva legal, a desapropriação por interesse público é a solução que melhor atende aos princípios da unidade da Constituição Federal e da proporcionalidade, pois de acordo com o art. 1.128, 3º, do Código Civil de 2002, o proprietário somente poderá ser privado da coisa, nos casos de desapropriação ou utilidade pública, por interesse social, bem como de requisição em caso de perigo público iminente.

Em nenhuma outra hipótese a legislação constitucional ou infraconstitucional assegura a possibilidade de perda da propriedade, mesmo que parcial, nem exonera o Poder Público de indenizar o proprietário que sofrer limitações no direito de propriedade.

O Projeto de Lei n. 1876/99 apresenta algumas alternativas para implantação da reserva legal nas propriedades rurais, sem grandes inovações, mantendo a sistemática da Lei 4.771/65, omitindo, igualmente, a questão do ressarcimento das propriedades particulares.

3.10 A NECESSIDADE DE UMA NOVA POLÍTICA FLORESTAL

Como visto anteriormente, o objetivo do presente estudo é apresentar a solução ao conflito entre o direito de propriedade e o direito ambiental, entendendo que a solução mais adequada é aplicação do princípio da proporcionalidade, através do devido processo legal de desapropriação e o pagamento da justa indenização.

Entretanto, não se pode desconsiderar a possibilidade de outras soluções do conflito entre o direito de propriedade e o direito ambiental, pois a efetividade da reserva legal não pode ficar limitada apenas às exigências do Código Florestal.

Na concepção de Freiria (Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>), a questão da reserva legal está relacionada ao conhecimento de técnicas e saberes que estão

além do conteúdo normativo da legislação ambiental, o que demonstra a necessidade de integração do assunto com a experiência interdisciplinar da Gestão Ambiental, como possibilidade de se aprimorar o regime jurídico da reserva florestal legal.

Segundo Jean Paul Metzger (2001, p. 7), a compatibilização do uso das terras e a sustentabilidade ambiental, social e econômica, exige planejamento da ocupação e a conservação da paisagem como um todo, pois a proteção de um fragmento de vegetação ou um trecho do rio não é suficiente se o entorno do fragmento ou as cabeceiras estiverem comprometidas.

Destaca-se a proposta do Desembargador Jose Renato Nalini (2008), do Tribunal de Justiça de São Paulo, da Câmara Especializada em Direito Ambiental: “Porque não flexibilizar a compensação ambiental e investir em novas propostas? Nem sempre será possível o reflorestamento na mesma bacia hidrográfica. Mas existem parques estaduais abandonados ou já contaminados por invasões heterogêneas. [...] A retomada das áreas dos mananciais é tarefa que o poder público não se desincumbirá sem a parceria com a iniciativa privada.”

É necessário estabelecer uma política de planejamento ambiental de acordo com diagnósticos diferenciados da realidade ambiental que foi projetada pelo Código Florestal vigente, pois desde a Lei 6.938/81, passando pela política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei n. 10.257/2001, pela política Agrícola instituída pela Lei 8.171/91, de Saneamento criada pela Lei n. 11.445/2007 e a Climática instituída pela Lei n. 12.187/2009, todas trazem instrumentos de Planejamento e Zoneamento, que permitem uma gestão diferenciada dos diversos aspectos ambientais, de acordo com as peculiaridades técnicas diferenciadas no território nacional, o que significa que todas as determinações legais dessas políticas geram os seus efeitos a partir de planos que irão fazer o diagnóstico da realidade.

O Código Florestal de 1965 não apresenta essa concepção, é de uma época em que o planejamento ambiental não era tão importante como é hoje, já que o planejamento ambiental e seus instrumentos fazem parte de uma realidade atual.

Ressalta-se que uma nova política florestal teria que recepcionar o atual Sistema Nacional de Unidades de Conservação previsto na Lei n. 9.985/2000, para que um mesmo diploma contemplasse todos os tipos de espaços protegidos (Unidades de Conservação, Áreas de Preservação Permanente e Reservas Florestais Legais), integrando os mesmos e propiciando o direcionamento da proteção para áreas mais significativas em termos de representação de bioma com ganhos ambientais e de efetividade para todos os institutos.

Freiria, observa que:

Uma Política Florestal manteria os instrumentos de Planejamento das Unidades de Conservação, o Plano de Manejo, e traria a exigência de Planos Florestais a serem desenvolvidos pelos entes federativos (União, Estados e Municípios), com o diagnóstico detalhado das potencialidades e fragilidades da situação florestal em cada ente federativo do país e que, a partir do cruzamento com os Planos das demais Políticas Ambientais, como Recursos Hídricos, Urbana, Agrícola, Climática, Saneamento, serviria de referência para se estabelecer o direcionamento do aspecto ambiental a prevalecer em cada situação territorial. Nesse sentido, de acordo com os Planos Florestais e seus cruzamentos com outras Políticas teríamos situações em que se prevaleceria a recuperação florestal e outras com a prevalência de outros elementos de Política, ficando claro que estes aspectos podem ser modulados no âmbito dos Municípios, dos Estados e da própria União.

Esclarece ainda Freiria que estes Planos serviriam para direcionar de onde e como atender da melhor forma a exigência da Reserva Florestal Legal, porque há muito mais ganhos ambientais e sociais ao invés de implantar fragmentos florestais isolados e estanques, privilegiando formações florestais contínuas, interligadas, com efetivo trânsito e biodiversidade.

Os Planos Florestais facilitariam a identificação de potencialidades á política de compensação entre particulares, possibilitando a aproximação das políticas que envolvem aspectos ambientais. Como exemplo, pode-se dizer que os Planos Florestais propiciariam um melhor diálogo coma Política Agrícola direcionando as práticas de regularização florestal, através da via compensatória para áreas que possuem maior aptidão para formar maciços florestais e mantendo a frente produtiva em áreas que tradicionalmente exercem essa função.

A questão ambiental florestal não pode ficar vinculada somente a questão da reserva legal, nem buscar soluções contrárias a todas as demais políticas, mas deve buscar através de instrumentos jurídicos e técnicos a integração com as demais políticas públicas e privadas.

Segundo Ferreira, não basta apenas pensar em percentuais exatos de Reserva Legal na propriedade privada e as consequentes responsabilizações pelo descumprimento, sendo necessário ampliar o foco de discussão para que a obrigação do cumprimento da função social por todas as propriedades seja contextualizada com os inúmeros usos do território, levando-se em conta o processo histórico de ocupação, o melhor uso de cada parcela do território, ponderando as suas variáveis ambientais, sociais e econômicas.

Por conseguinte, a reserva legal somente terá condições de progredir com uma nova política florestal que privilegia o planejamento ambiental, possibilitando uma gestão que não seja focada somente em percentuais matemáticos do território particular, mas com base na realidade ambiental e econômica do território nacional, permitindo buscas escalonadas de soluções e sustentabilidade.

3.11 A SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO AMBIENTAL

A criação das reservas florestais legais em propriedades particulares, em face dos princípios da unidade da Constituição Federal e da proporcionalidade, exige a desapropriação mediante a devida compensação financeira, a teor do disposto no inciso XXIV, do art. 5º, da Constituição Federal, considerando que a legislação representada pela Lei 4.771/65 que trata do assunto é omissa quanto à indenização da área destinada à reserva legal, caracterizando aparente natureza confiscatória.

É indispensável, pois o procedimento expropriatório e a devida e justa compensação financeira, por se tratar de um direito fundamental, inerente ao princípio do devido processo legal e a vedação de confisco de bens.

Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4º, III) e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de reforma agrária, por interesse social (CF, art. 184) (Meirelles, 1990, p. 507).

A desapropriação constitui condição de validade do ato administrativo que exige a implantação da reserva legal nas propriedades rurais privadas, devendo ser o proprietário indenizado por expressa garantia constitucional (DUTRA, 2009, p. 33).

O próprio Código Florestal, em seu art. 18, ao prescrever que “Nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário” e que se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas de seu valor deverá ser indenizado o proprietário, mesmo que por analogia, permite o ressarcimento dos danos experimentados pelo proprietário rural.

Apesar de se referir às áreas de preservação permanente, aplicável, por analogia, do art. 18 da Lei 4.771/65, no que se refere à reserva florestal, pois se deduz que a intenção do legislador foi no sentido de assegurar o ressarcimento dos danos experimentados pelo proprietário do imóvel rural.

Convém ressaltar que o Decreto-Lei n. 4.707, de 1942, que ao dispor sobre a Lei de Introdução do Código Civil, acrescentou no art. 4º, que se a lei é omissa, como no caso da lei

sobre a reserva legal, a questão será decidida de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A solução mais adequada, no caso da exigência da reserva legal pela Lei 4.771/65, é a desapropriação por interesse público, preservando a harmonia entre os direitos fundamentais de propriedade e o direito ambiental coletivo, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois de acordo como o entendimento aqui defendido é no sentido de que os direitos fundamentais não se excluem.

Esse é o entendimento que segue a linha de pensamento do princípio da unidade da Constituição e da proporcionalidade como forma de mitigar a aplicação da legislação ambiental no que se refere a reserva legal nas propriedades rurais.

No caso concreto de exigência da reserva legal pelo Poder Público, em razão do conflito entre o direito fundamental de propriedade e a necessidade de aplicação das normas que tutelam o direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado como direito fundamental do ser humano, a solução jurídica que harmoniza a convivência entre os direitos fundamentais colidentes, é a aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante o deferimento da justa indenização ao proprietário rural, mantendo-se íntegro o princípio da unidade da Constituição Federal.

É de se ressaltar que o novo Código Civil, em seu art. 1.228, ao dispor que “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”, no parágrafo 3º, esclarece que: “O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”.

O relativismo outorgado ao direito de propriedade pelo novo Código Civil não confere legitimidade ao Poder Público para restringir, mesmo que parcial o uso e o gozo da propriedade particular, pois a interpretação de seu art. 1.228, deve ser feita de forma sistemática de acordo com as normas e os princípios constitucionais consagrados no art. 5º, incisos XXII, XXIV e LV, da Constituição Federal, mantendo-se a integridade da unidade da Constituição Federal, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nessa hipótese, deve acontecer o chamado “diálogo das fontes”, que é um diálogo guiado pelos valores constitucionais considerando o pluralismo de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção ao meio ambiente (MARQUES, 2007, p. 28 a 32).

Os conflitos potenciais decorrentes do desenvolvimento econômico e a necessidade de proteção ao meio ambiente, desperta a necessidade de se buscar uma solução adequada. Entretanto, qualquer solução não pode consagrar a negação de qualquer um dos direitos fundamentais, defendendo-se aqui o entendimento da não prevalência de um direito fundamental sobre outro direito fundamental, pois estes não se excluem na concepção do constitucionalismo contemporâneo.

A tutela constitucional ao meio ambiente como um direito fundamental de todos não pode ser excludente de outros direitos fundamentais, especialmente do direito de propriedade que representa uma conquista histórica inserida no direito brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824.

O direito fundamental de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são princípios constitucionais que estão no mesmo nível de hierarquia normativa e de acordo com a nova hermenêutica constitucional, dever-se-á aplicar o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, mantendo-se o princípio da unidade da Constituição Federal.

Ao Poder público cabe a obrigação de indenizar os proprietários rurais nas hipóteses de exigir a implantação da reserva legal, principalmente, em áreas rurais que apresentam potencialidade produtiva e conteúdo econômico, pois a emergência do Estado Social Ecológico ou Ambiental, e a necessidade de se enfrentar o que Ulrich Beck chama de “irresponsabilidade organizada”, em consequência da potencialização dos riscos decorrentes do desenvolvimento econômico não pode ser subtraída somente da conta dos produtores e proprietários rurais.

A desapropriação, através do devido processo legal constitui o procedimento legal adequado para solucionar o conflito entre o direito de propriedade e as normas que tutelam o direito ambiental, especialmente, no caso da exigência da reserva legal nas propriedades rurais, conforme inclusive a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

A desapropriação por interesse público, como dito anteriormente, é condição de validade do ato administrativo para impor a reserva legal nas propriedades rurais privadas, devendo o proprietário receber a devida e justa indenização, por expressa disposição constitucional.

A indenização justa, segundo Meirelles (1990, p. 523), é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzir renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será justa a

indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha o seu patrimônio e integrava a sua receita há de ser repostado em pecúnia no momento da indenização; se o não for, admite pedido posterior, por ação direta, para complementar-se a justa indenização.

A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária, incluindo-se a correção monetária tomando-se por base o índice oficial. Os juros compensatórios são de 12% ao ano e são devidos desde a ocupação do bem, conforme entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. São devidos os juros moratórios a base de 6% ao ano.

Qualquer ato administrativo, decreto ou lei que exigir a criação da reserva legal em propriedades rurais privadas, sem o devido processo legal de desapropriação e sem a devida compensação pecuniária, conforme o entendimento aqui exposto, pode ser considerado ilegal e, portanto, inconstitucional..

Não se pode atribuir somente aos proprietários rurais o ônus decorrente da concretização da política de preservação do meio ambiente, obrigação do Estado e da coletividade em benefício de toda a sociedade. Todos têm o direito-dever de preservação do meio ambiente, então que todos participem do ônus igualmente.

A solução encontrada para resolver a questão da exigência da reserva legal nas propriedades rurais é a aplicação, no caso concreto, do princípio da proporcionalidade, garantindo-se, através do devido processo legal de desapropriação, a justa indenização aos proprietários rurais que venham sofrer restrições ao direito de propriedade, como mecanismo de garantia de participação igualitária nas políticas públicas de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para às presentes e futuras gerações, evitando a negação de um direito fundamental em benefício de outro direito fundamental.

O sistema jurídico atual não admite formas alternativas de solução dos conflitos gerados em razão da colisão entre direitos fundamentais individuais e coletivos objetos da presente pesquisa, considerando que o direito ambiental é indisponível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada vez mais a ciência jurídica exige o estudo de temas que permitam respostas efetivas aos conflitos sociais que afetam as relações interpessoais individuais e coletivas, especialmente, quando estão em jogo o confronto entre direitos fundamentais, como foi abordado no tema central desta pesquisa.

O estudo teórico e prático dos direitos fundamentais na atualidade e, especialmente, o estudo específico da linha de tensão gerada em razão do conflito entre o direito propriedade e o direito coletivo ambiental, ambos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, em razão da aplicação da legislação ambiental (Lei 4.771/65 – Código Florestal) que impõe a obrigatoriedade da reserva legal nas propriedades rurais, tem significativa importância para a ciência jurídica e para o desenvolvimento do conhecimento científico.

A ideia do presente estudo é contribuir na reflexão sobre o conflito entre direitos fundamentais individuais e coletivos, com o objetivo de apresentar uma proposição que permita a ampliação de formulações teóricas a respeito da colisão entre o direito individual de propriedade e o direito coletivo ao meio ambiente.

Para esse desiderato, foi constatado que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental coletivo, constituindo cláusula pétrea e por expressa normatização constitucional é um direito de todos, dever da coletividade e do Poder Público, tendo a Constituição Federal de 1988, dedicado um capítulo inteiro a tutela do direito ambiental, caracterizando uma inovação sem precedentes no sistema constitucional brasileiro.

O direito de propriedade, introduzido no sistema constitucional brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824, foi ratificado em todas as Constituições Federais, sendo que a partir de 1988, foi-lhe atribuída uma função social constitucionalizada, apesar da função social da propriedade privada estar inserida no sistema jurídico desde a edição da Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, que dispôs sobre o Estatuto da Terra, ao estabelecer no art. 2º, parágrafo 1º, como um dos requisitos da função social da propriedade rural a conservação dos recursos naturais, constituindo esse dispositivo o primeiro instrumento legal brasileiro a tutelar o meio ambiente. O Código Civil de 1916, não tratou da função social da propriedade.

Com a edição do novo Código Civil de 2002, a função social e a função socioambiental da propriedade passaram a ter um regramento claro no art. 1.228, § 1º, ao preceituar que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas

finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de acordo com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, devendo ser evitada a poluição do ar e das águas.

O direito de propriedade, inserido no texto de todas as Constituições Federais como direito individual fundamental absoluto, por influência da concepção individualista dominante do liberalismo-burguês clássico, com advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, apesar de o direito de propriedade não perder a seu caráter de direito fundamental, passou a ter certa dose de relatividade.

Em razão da sua função socioambiental, a propriedade rural não passou a ser comum a todos, mas por expressa disposição legal passou a ser considerada “bem de uso comum da coletividade”, sem que isso venha a significar a perda da titularidade, nem podendo representar prejuízo a direito fundamental, pois a mudança de concepções ocorridas ao longo da história constitucional não contemplou a negação do direito de propriedade em relação aos direitos da coletividade e dos princípios que tutelam os direitos fundamentais dos cidadãos.

A função socioambiental do direito de propriedade e o direito coletivo ambiental são institutos que apesar de conflitantes, podem conviver em harmonia, principalmente considerando que de acordo com a atual concepção da teoria dos direitos fundamentais, entre direitos fundamentais não pode existir hierarquia, o que significa que os direitos fundamentais estão no mesmo nível de hierarquia normativa constitucional.

Esse pensamento tem a sua base científica no princípio da unidade da Constituição, ganhando destaque na doutrina nacional o pensamento de Luis Alberto Barroso, e na doutrina estrangeira, o pensamento do alemão Robert Alexy.

É no contexto da Teoria dos Direitos Fundamentais que é delimitado o confronto entre o direito de propriedade e o direito coletivo ambiental, consubstanciado na obrigatoriedade da averbação e implantação da reserva legal nas propriedades particulares, como forma de garantir o equilíbrio ambiental como direito de todos e dever do Estado (art. 225, da Constituição Federal).

A questão é saber qual a interpretação que deve ser dada ao fenômeno da colisão entre direitos fundamentais, especialmente entre o direito de propriedade e o direito ambiental, no caso da exigência da reserva legal, considerando que a concepção moderna da teoria dos direitos fundamentais não autoriza a exclusão de um direito fundamental por outro direito fundamental, porque ambos estão no mesmo nível de hierarquia constitucional

As colisões de normas constitucionais, de princípios e de direitos fundamentais, já que os direitos fundamentais assumem forma de princípios (liberdade e igualdade), ou de

regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária) são consideradas fenômeno natural inevitável no constitucionalismo contemporâneo, porque as constituições são documentos dialéticos consagradoras de bens jurídicos que se contrapõem.

É possível que ocorram choques potenciais entre o direito de propriedade e a necessidade de desenvolvimento econômico e a necessidade de proteção ao meio ambiente, como no caso da exigência da reserva legal, sendo necessário buscar uma solução adequada para o conflito entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente equilibrado. Este é o principal objetivo do presente estudo.

A tutela constitucional ao meio ambiente, neste contexto, não pode excluir outros direitos fundamentais que estão no mesmo nível de hierarquia constitucional. Isto significa que a tutela de um direito fundamental coletivo não deve prejudicar o direito individual de propriedade.

No conflito dos direitos fundamentais de propriedade e as normas que tutelam o direito ambiental, no caso da reserva legal, a solução adequada é a aplicação do princípio da proporcionalidade, mantendo assim íntegro o princípio da unidade da Constituição Federal, cabendo ao Poder Público indenizar os proprietários ao exigir a implantação das áreas de reserva legal, principalmente, tratando-se de áreas rurais que apresentam elevado conteúdo e potencialidade produtiva.

A proporcionalidade consiste, no caso analisado, que o Poder Público deve participar, igualmente, com os proprietários rurais no ônus referente às exigências ambientais, para que nenhum direito fundamental tenha preferência sobre o outro.

Convém ressaltar que a aplicação do princípio da proporcionalidade não é exclusividade do confronto entre o direito de propriedade e o direito coletivo, mas em todos os casos de colisão entre direitos fundamentais.

Em que pese o Poder público colocar a disposição dos proprietários instrumentos de efetivação da política de proteção ambiental em contrapartida da implantação da reserva legal nas propriedades rurais, as quais foram vistas no último capítulo, a resposta ao questionamento proposto, aqui entendida como a mais adequada para resolver o conflito entre o direito de propriedade e o direito ambiental, no caso da exigência da reserva legal, é a aplicação do princípio da proporcionalidade, através do devido processo legal de desapropriação da propriedade rural, por interesse público, constituindo este o procedimento legal para resolver o conflito e manter a higidez das normas que tutelam o direito fundamental de propriedade e o direito ambiental.

Ressalta-se que o sistema jurídico atual não admite formas alternativas de solução dos conflitos gerados em razão da colisão entre direitos fundamentais individuais e coletivos objetos do presente trabalho, considerando que o direito ambiental é indisponível.

Assim, vislumbrada a relevância de se proteger o meio ambiente, esta pesquisa preocupou-se em demonstrar que o direito concernente a este não pode ser absoluto, desprestigiando os demais direitos fundamentais, sob pena de se privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, caracterizando a negação de direitos fundamentais que se encontram no mesmo nível de hierarquia constitucional, o que não pode ser admitido na concepção do constitucionalismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Material Coletivo. **Superação da summa divisio direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARISTOTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves, 15.ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1988.

ARAÚJO, Telga de. A propriedade e sua função social. *In*: LARANJEIRA, Raymundo. (Coord.). **Direito agrário brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

AZIZ, Creton Ricardo. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In*: **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 58: 130-173.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3.ed. ver. e ampl. Ijuí: Unijuí, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. revista e atualizada. São Paulo Malheiros Editores, 2002.

BORGES, Paulo Torminn. **Institutos básicos de direito agrário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2008.

BRASIL. Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 set. 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Lei 4.504, de 30 de Abril de 1964. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de nov.1964. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 mai. 2010.

BRASIL. Lei 6.938, de 1º de setembro de 1981. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 de set. 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 abr. 2010.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de set. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 abr. 2010.

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de jul. 1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Lei 6.902, de 27 de abril de 1981. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de abr. 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Lei 10.165 de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de dez. 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Lei 9.393, de 19 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de dez. 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Lei 9.985, de 18 de julho de 2000. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 de jul. 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** no. 134297-8. São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Paulo Ferreira Ramos e Cômjuge, j. em 13.06.95. D.J 22.09.95.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPRA, Fritjot. **As Conexões Ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVEDON, Fernanda Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. [s. l.]: Momento Atual, 2003.

COMPARATO. Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *In: Revista dos Tribunais*, ano 85, nº. 732. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, Jose. **Curso de direito romano**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DEL'OMO, Elisa Cerioli. Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental do cidadão. *In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de*

Souza. (Orgs.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução dos conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. Direito das Coisas. v.4. São Paulo: Saraiva, 1984-1985.

_____. **Curso de direito civil**. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2004.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. *In: Revista de Direito Ambiental*. Ano 7, nº. 27, julho a setembro de 2007.

DUTRA, Jose Ozorio Vieira Dutra. **Reserva legal: uma restrição grave ao uso economicamente viável do imóvel rural e uma violação ao direito de propriedade**. São Borja: Editora Conceito, 2009.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito agrário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FISCH, Claudia Renata Rohde. **Reserva legal e o direito de propriedade**. Sinop: UNIC, 2009. Monografia (Curso de Direito). Universidade de Cuiabá, 2009.

FREIRIA, Rafael Costa. Apontamento sobre a Reserva Legal: A necessidade de uma nova Política Florestal no Brasil. Disponível em: http://.ambito-jurídico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artig...> Acesso em 17.12.2011.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico: elaboração e formatação das normas da ABNT**. 14.ed. Porto Alegre: s.n., 2008.

GISCHKOW, Emílio Alberto Maya. **Princípios de direito agrário: desapropriação e reforma agrária**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GROFF, Paulo Vanderlei Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 45, no. 178, 2008.

HESSE, Konrad. **Grundzuge des verfassung der bundesrepublik deustschland**. 20.ed. Heidelberg: C.F Muller, 1995.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.ed. São Paulo: Abril Cultura, 1979, p. 479 (Coleção Os Pensadores).

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14.ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Editora Cultrix.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004. Editores

MARINONI. Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5281/>. Acesso em: set. 2010.

_____. **Teoria geral do processo**. 3.ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINEZ, C. Vinício. **Estado de direito social**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=5494>. Acesso em: 27 jun. 2010.

METZGER, J.P. O que é ecologia de paisagens? *Bioética Neotrópica*. Campinas, SP, V1, n. 2, dez 2001.

MILARÉ, E. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MULLER. Friedrich; PIEROTH, Bodo; FOHMANN, Lothar. **Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie**. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

NALINI, Jose Renato. Repensar a Compensação Ambiental. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 30 set 2002, Caderno 01, p. A2.

OLIVEIRA JÚNIOR. Jose Alcebíades. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Texeira de Castro; THEODORO, Silvia Kellen da Silva. **A evolução da função social da propriedade**. Disponível em: http://www.revistajurídicaunicoc.com.br/mídia/arquivos/Arquivo ID_16.pdf > Acesso em: 10 mai. 2010.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo. Dialética, 2000.

ROCHA, Olavo Acyr de Lima. **A desapropriação no direito agrário**. São Paulo: Atlas, 1992.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Rafael Egídio Leal e. Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos. *In: Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, v. 37, ano nove, out./dez. 2001.

SCHMITT. Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid. Alianza Editorial, 1992.

SOUZA, Demétrius Coelho Souza. A função socioambiental da propriedade como condição necessária para o desenvolvimento sustentável. *In: Revista Jurídica da UniFil*. Ano V. n. 5.

SILVA, Jose Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

VARELLA, Marcelo Dias. **Introdução ao direito à reforma agrária**: o direito face aos novos conflitos sociais. Leme: Editora de Direito, 1997.

VIVANCO. Antonio C. **Teoría de derecho agrário**. La Plata, Ediciones Libreria Jurídica, 1967.