A FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO JURÍDICO PRINCIPIOLÓGICO DA PROPRIEDADE*

THE SOCIAL AND ENVIRONMENTAL FUNCTION AS PRINCIPIOLOGICAL JURIDIC FOUNDATION OF PROPERTY

Vivian Bacaro Nunes Soares
Norma Sueli Padilha

RESUMO

O presente trabalho objetiva uma análise do conceito, conteúdo e limites da função social da propriedade, de forma a evidenciar a sua abordagem na Constituição Federal de 1988 a partir da qual impõe-se uma releitura do instituto da propriedade com vistas a possibilitar uma melhor compreensão de todo o sistema sobre o qual estão organizadas as relações jurídicas de apropriação de bens na ordem econômica. Os atributos econômicos e ecológicos são reunidos pelo texto constitucional na condição de princípios gerais da atividade econômica, admitindo que todos são relevantes para a finalidade de se atribuir valor a determinado bem, desta forma, uma nova modalidade de apropriação dos bens é definida, fazendo com que à dimensão econômica (função individual) seja integrada uma dimensão social (função coletiva). A proteção ambiental intregra o conceito e o próprio conteúdo da função social da propriedade que se caracteriza como função ambiental. Os princípios da função social e função ambiental são compatíveis e complementares de forma que constituem princípios informadores da Constituição econômica pátria, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social.

PALAVRAS-CHAVES: FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL. DIREITO DE PROPRIEDADE. FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS.

ABSTRACT

This paper is an analysis of the concept, content and limits of property's social function. Is a study made through the 1988 Federal Constitution which imposes a different interpretation of the property institute to make possible a better comprehension of whole system over which are organized the property appropriation juridical relations in economical order. The ecological and economical attributes are gathered by the constitutional text as general principles of economic activities and admits that all are relevant to attribute value to a certain property. So, in addition to the economical dimension (individual function) a social dimension (collective function) is integrated as a new way of property appropriation. It all constitutes a way to evaluate the property to appropriate that includes the environmental and the social function of property. And all this principles has normative strength.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KEYWORDS: SOCIAL AND ENVIRONMENTAL FUNCTION; PROPERTY RIGHT; PRINCIPIOLOGICAL FOUNDATIONS.

1. INTRODUÇÃO

A propriedade, como direito do homem, modificou-se e evoluiu com a evolução do próprio homem e da organização social por ele criada. A evolução dos direitos de geração em geração, os novos bens e sujeitos tutelados pelo Direito, vão transformando o direito de propriedade; assim é que, na primeira geração de direitos, o direito de propriedade é marcado pelo cunho individualista, é um direito inviolável, absoluto. Nesta geração, característica do Direito Moderno, não se concebia a possibilidade de limitação da propriedade visando interesses sociais e difusos, nem a visão do proprietário como sujeito a obrigações decorrentes de seu direito. A liberdade individual, e, conseqüentemente, a segurança jurídica eram os primados básicos do Estado liberal, as necessidades da época eram por liberdade e maior autonomia do indivíduo, sendo a propriedade elevada à condição de direito absoluto, destinado exclusivamente aos interesses individuais do proprietário.

É no estado liberal, caracteristicamente absenteísta, que se dá a manifestação do *status libertatis* ou *status negativus*, realçando o princípio da liberdade, com o surgimento dos civis e políticos, caracterizados pela necessidade de não-intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da comunidade.

Da omissão estatal decorrem os excessos do ideário liberal, acarretando o aumento das desigualdades sociais, bem como movimentos revolucionários de base proletária. O Estado social objetiva a igualdade social contraposta à igualdade jurídica da visão liberal, ou seja, da justiça formal, que não é inerente às pessoas nem preexiste ao Estado, cumprindo-se essencialmente por meio de prestações por este devidas aos indivíduos.

A propriedade, direito fundamental típico de primeira geração, precisa cumprir sua função social. Verifica-se que referido direito se transforma, se modifica, se reestrutura para atender às novas exigências do Estado Social. A concepção individualista da propriedade prevaleceu até a incorporação, pelo ordenamento jurídico, dos direitos sociais, difusos e coletivos, respectivamente de segunda e terceira geração; a propriedade privada absoluta e ilimitada torna-se incompatível com a nova configuração dos direitos, que passa a tutelar interesses sociais.

O direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro foi renovado a fim de adequar-se aos novos direitos, a Constituição de 1988 caracteriza a propriedade como um direito marcado pela exigência do cumprimento de uma função social, sendo o proprietário titular de um poder-dever.

No âmbito do código civil brasileiro de 1916, o direito de propriedade caracterizava-se como um direito de primeira geração, de cunho individualista, limitado unicamente no interesse de outros particulares, sem referência às limitações impostas pelos interesses da sociedade; já o código civil de 2002, introduziu referência á finalidade social da

propriedade, demonstrando uma evolução no sentido de adequação desse instituto jurídico aos preceitos constitucionais. Os demais dispositivos legais infraconstitucionais devem ser interpretados à luz do que dispõe o texto constitucional.

De acordo com Derani (1997, pág. 211):

"A norma jurídica, inclusive a norma constitucional, não é simplesmente uma positivação, o estabelecimento de uma prescrição, ela é ao mesmo tempo hipótese e tentativa de solucionar um problema. Pode parecer relativista, mas, na verdade, é a norma mais que um instrumento mediador das atividades sociais, ele é um **meio para o alcance de finalidades sociais**.".

Desta forma, se revela um antagonismo entre o ser (indivíduo liberal formal) do código civil revogado e a sociabilidade (plural), na exata razão em que esse só existia enquanto ser individual, pois não era visto dentro de uma perspectiva fraternal ou solidária, condição típica do liberalismo.

No código civil de 2002, o ser individual, é também um ser social, plural e fraternal, revelado em regras e princípios da função social da propriedade e do contrato, institutos que revelam uma verdadeira mudança conceitual.

O plano das relações privadas (substancialmente codificadas) é fundado em direitos fundamentais constitucionalmente previstos, devendo ser observados por particulares em suas relações.

A propriedade passa por uma releitura, adquirindo uma função social a fim de contemplar os interesses coletivos e garantir a promoção do bem comum. Visa-se conciliar os âmbitos do individual e do social, de forma a que todos os interesses possam ser satisfeitos senão na sua plenitude, pelo menos até o limite que garanta que os outros interesses a este opostos possam ter um mínimo de realização.

É construído um novo conceito de propriedade, com o objetivo de compatibilizar o exercício desse direito com os interesses maiores da sociedade; o direito de propriedade passa a compreender também objetivos de ordem social, transpondo a concepção de propriedade eminentemente individualista.

Quando se fala em função social não se está fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade; o instituto da propriedade passou por transformações que não se restringem ao esvaziamento dos poderes do proprietário ou à redução do volume do direito de propriedade, de acordo com as limitações legais. A função social da propriedade é mais que uma limitação, trata-se de uma concepção que consiste no fundamento, razão e justificação da propriedade.

MAGALHÃES (1997. p. 148) ensina que:

“O direito de propriedade assegurado pela Constituição Brasileira estabelece uma relação da propriedade com a sociedade (art. 5º, XXIII e art. 170, III e VI, ambos da CF/1988). A propriedade não fica constando simplesmente como um direito e uma garantia individual. Dessa forma, se vê com clareza que inexiste juridicamente apoio para a propriedade que agrida a sociedade, que fira os direitos dos outros cidadãos.”.

A constituição federal de 1988, ao qualificar a propriedade como portadora de função social, visa à solução dos conflitos entre interesses individual do proprietário e os interesses da coletividade; dentre estes, destaca-se o interesse em alcançar desenvolvimento econômico individual que traga, concomitantemente, vantagens para a coletividade. Busca-se o entrelaçamento dos direitos reais e da propriedade, preservando-se os dogmas de “direito absoluto”, enquanto preserve o bem (propriedade) sua capacidade de multiplicação de riqueza e conseqüente utilidade coletiva.

1. O CONTEÚDO PRINCIPIOLÓGICO DA FUNÇÃO SOCIAL

A passagem da concepção civilística à concepção constitucional da propriedade implica sobretudo na transição de um qualificação do proprietário fundada na autonomia da vontade e iniciativa – conceito tradicional e subjetivo - para uma qualificação em que o traço principal é o poder modelado e conforme a lei.

Desde o ocaso das teorias que pregavam uma total abstenção estatal frente à ordem econômica, e a proteção de liberdades individuais – Estado Liberal (não intervenção do Estado e autonomia individual), o Estado passou a exercer ingerência direta na ordem econômica e participação ativa nas funções da vida social.

Duguit (pág. 180) rechaça a idéia de direito subjetivo, alegando que há uma contradição deste conceito com a realidade das sociedades civilizadas de hoje, afirma que:

“Ante todo la noción fundamental que sirve de base al sistema de 1789 y de 1804 y de todas las legislaciones positivas que em el han inspirado, es la del Derecho Subjetivo: el derecho subjetivo del Estado personificando la colectividad, el derecho subjetivo del individuo. Esta noción es de ordem puramente metafísico, lo que está em contradicción indudable com las tendências de las sociedades modernas, y com el realismo; digamos la palabra: con el positivismo de nuestra época.”[1]

Desta forma, repudia a idéia de direito subjetivo, afirmando que este é um conceito arruinado e incompatível com a realidade. Destarte, partindo da premissa de que a função social é um dever, consolidou o entendimento de que a propriedade não teria função social, uma vez que seria a própria função social (“propriedade-função”). (GAMA, 2007, pág. 9).

No início do século XX, Leon Duguit desenvolveu o conceito propriedade função social. Desfez a idéia absoluta e individualista da propriedade, destacando no instituto uma missão social que deveria ser cumprida pelo seu titular. Em sua opinião, todo o indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade com uma função na razão direta do lugar que ocupa. Quem tem capital deve fazê-lo valer, aumentando a riqueza geral, sendo que será protegido se cumprir com esta função. Carlos Ari Sundfeld (1987), citando Duguit, salienta que:

"(...) os códigos baseados no princípio individualista e civilista fundavam sua idéia de propriedade em duas preocupações: a de legitimar a apropriação, sem qualquer consideração sobre seu fundamento, e a de proteger a afetação da riqueza a uma finalidade meramente individual. (...) Para substituir a concepção de propriedade como poder exclusivo da vontade do titular sobre a coisa, em coerência com uma nova visão de liberdade, Duguit propôs a propriedade-função social, justificando-a: Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir uma certa missão que só ele pode cumprir. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação de necessidades gerais, fazendo valer o capital que detém. Está, em conseqüência, socialmente obrigado a cumprir esta missão e só será socialmente protegido se cumpri-la e na medida em que o fizer. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário: é a função social do detentor da riqueza."

O conteúdo desta propriedade-função consiste no fato de que o proprietário tem o poder de empregar a coisa na satisfação de suas próprias necessidades e o dever de colocá-la também a serviço da satisfação das necessidades sociais, visto que a propriedade não é um direito, mas uma coisa, uma utilidade, uma riqueza, protegida pelo direito objetivo quando o proprietário encontra resistência de terceiros. Logo o proprietário não tem um direito subjetivo de usar a coisa, mas o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assinalada pela norma. (LOUREIRO, 2003, pág. 108)

Quando a utilização da coisa é obstada por ato de terceiro, quando esta estiver sendo utilizada em sua destinação, cabe ao direito proteger o proprietário, ou seja, proteger o indivíduo no cumprimento de sua função social, e isso implica não numa regra de direito subjetivo, mas numa regra de direito objetivo que proíbe a todos de perpetuarem ou impedir a utilização da coisa conforme a sua finalidade.

Vários foram os juristas que se levantaram contra Duguit[2], sua doutrina não ficou isenta de criticas. Entretanto, importa salientar que mesmo para Duguit, não se deve considerar que, pela noção de função social da propriedade, se está pregando o desaparecimento da propriedade privada, mas que a noção jurídica de sua proteção está mudando.

Giselda Hinoraka, diversamente de Duguit entende que: (GAMA, 2007, pág. 9 e 10):

“A propriedade não é uma função social, mas contém uma função social, de tal forma que o proprietário deve ser compelido a dar aos bens um destino social, além daquele

que atende ao seu próprio interesse, na intenção de, harmonizando o uso da propriedade ao interesse coletivo, se chegar ao plano da Justiça Social."

Os direitos individuais passam a não mais ser enxergados de forma isolada da responsabilidade em relação à sociedade; ao passo que esta (responsabilidade social) passa a não mais ser analisada como um exclusivo dever do Estado. Os atos da vida privada começam a ser analisados mediante a necessidade de ter uma função para sociedade[3].

Uma nova função instrumental é conferida ao Direito face à presença estatal, na tentativa de equilibrar as relações sociais e econômicas, levando à denominada funcionalização dos institutos jurídicos. Segundo Stefano Rodotà, citado por JÚNIOR (2002, pág. 146): "*Per il diritto di proprietà, alla vera línea di fratura si arriva quando, abbandonata l'idea di godimento por se, si entra nel concetto di funzione di carattere sociale*".***[4]***

Leciona Judith Martins-Costa (2002, pág.148), que tem-se por funcionalização "a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios". Sob a ótica da funcionalização busca-se a reconstrução dos principais institutos do Direito, a fim de alcançar novo equilíbrio entre os interesses manifestamente individualista e as necessidades coletivas e sociais.[5]

A relação existente entre a abordagem técnico-jurídica voltada ao estudo da estrutura, ou seja, de como o direito é feito e, a abordagem sociológica, voltada a causa final do direito, para que serve, consiste na funcionalização dos institutos do direito privado.

Neste contexto, o sentido atribuído à expressão função social, corresponde à consideração da pessoa humana não somente *uti singulus*, mas também *uti socius*. A doutrina da função social emerge como uma matriz filosófica apta a restringir o individualismo, presente nos principais institutos jurídicos, face os ditames do interesse coletivo, a fim de conceder igualdade material aos sujeitos de direito. Trata-se de uma "transição do individualismo para a sociabilidade" (TEIZEN JÚNIOR, 2004, pág.116).

Para GRAU (1983, pág. 70), "a função, assim, é um poder que não se exercita exclusivamente no interesse de seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de prudente arbítrio".

Stefano Rodotá foi um dos primeiros juristas que, efetivamente, realizou um estudo mais aprofundado sobre o real significado das expressões "função" e "social".

Explica Stefano Rodotà, citado por LOUREIRO (2003, pág. 110) que o termo função social, na acepção constitucional, não constitui simples convite a um mais atento exame da concreta experiência jurídica, mas sim representa a individualização de um elemento que acompanha a situação proprietária todas as vezes que existe uma utilidade social definida pelo legislador. Por isso não há o clássico confronto entre estrutura e função. A

função social, no caso, é descoberta no aspecto interno da propriedade, ou dizendo de outro modo, coloca-se, em última análise, como um componente de sua estrutura.

Consoante Rodotá, o termo "função" opõe-se ao de estrutura, sendo o norte para a averiguação da forma pela qual o direito é operacionalizado. Nessa esteira, no instante em que o ordenamento reconhece que o direito de propriedade não deve ser exercido de forma a satisfazer unicamente ao interesse do seu titular, devendo também se dirigir aos não-proprietários, consigna uma função social ao direito de propriedade. (BULOS, 1995, p.143) (BULOS, 2001, p. 144-145).

Por "social", ainda na doutrina de Rodotá, deve-se enxergar um padrão elástico por meio do qual se transfere para a órbita legislativa, e do judiciário, certas exigências do momento histórico. Logo, social é um conceito histórico-determinável, vago, elástico, no qual se "encaixariam" os valores relevantes moralmente e eticamente à época analisada.

Quando da análise funcional da propriedade, portanto, se verifica que a *função* é o poder de dar à propriedade determinado destino, utilidade, de vinculá-la a um objetivo. O qualificativo "social" indica que esta utilidade, este objetivo corresponde ao interesse coletivo, não ao interesse do proprietário. Para Fábio Konder Comparato (*in* BERCOVICI, 2005, p.147), a função social corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica. Desta maneira, há um condicionamento do poder a uma finalidade. A função social da propriedade impõe ao proprietário o dever de exercê-la, atuando como fonte de comportamentos positivos.

Segundo Cristiane Derani (2002) função deve ser compreendida como conteúdo, restando afastada, portanto, a idéia de que o termo função seja sinônimo de finalidade. Logo, ao se falar em função social da propriedade, estar-se-á a dizer que o conteúdo da propriedade é social, destinado ao interesse coletivo.

A função social da propriedade seria, pois, um dever atribuído ao sujeito proprietário, decorrente do próprio conteúdo do direito de propriedade, que impõe a destinação das propriedades para a obtenção de uma vantagem de cunho difuso, relacionado aos não-proprietários.

A noção de função significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a um objetivo que é garantir a melhor utilização social da propriedade; o adjetivo social demonstra que este objetivo corresponde ao interesse coletivo e não do proprietário exclusivamente, o que não significa que ambos possam estar em harmonia. Assim, genericamente, a função social da propriedade deve ser entendida como um poder-dever do proprietário, voltado à uma melhor utilização social, sancionável pela ordem jurídica, de forma a harmonizar os interesses individuais deste com os interesses da coletividade. [6]

Destaca JÚNIOR (2002, pág. 147) que: "A função social da propriedade remete, sempre, a uma visão concreta das relações em que incide o fenômeno proprietário, cujo balizamento será feito a partir da normativa, mas cujo objetivo é garantir a MELHOR UTILIZAÇÃO SOCIAL da propriedade".

A propriedade, como um direito atribuído a seu titular pelo ordenamento jurídico, tem pela mesma ordem jurídica, estipulada uma determinada conduta a ser seguida, ou fixado um objetivo social que, é cometido ao proprietário. Consiste, portanto, na melhor utilização da propriedade de forma a exigir do proprietário que dê ao objeto da propriedade determinado destino, que o vincule a certo objetivo de interesse coletivo.

Na definição de Moraes (1999, pág. 89):

"A função social da propriedade não é senão o concreto modo de funcionar a propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposição de obrigações, encargos, limitações, restrições, estímulos ou ameaças, para satisfação de uma necessidade social, temporal e especialmente considerada."

No entendimento daqueles que confundem função social da propriedade com simples limitação ou restrições, há sério desvio de perspectiva, uma vez que a função social da propriedade como fator determinante do comportamento proprietário, é fonte de estímulos e sanções de determinadas condutas, trazendo consigo obrigações limitadoras e impulsionadoras.

Segundo José Afonso da Silva[7] (2008, pág. 76):

"A Constituição Federal ao estabelecer expressamente que "a propriedade atenderá a sua função social", mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotado um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la, um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas em seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. A função social da propriedade assinala Pedro Escribano Collado, "(...) constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo".

Sundfeld (1987, pág. 11) diferencia limitações de função social: as limitações seriam condições para o exercício de um direito, enquanto a função social seria o dever de exercitar o direito segundo o direcionamento constitucional.

Constitui causa de existência do direito de propriedade, o preenchimento da função social, uma vez que ela faz parte do próprio conteúdo de propriedade, no momento em que a Constituição Federal afirma que a propriedade atenderá a sua função social.

Nesse sentido também é o magistério de Gilberto Bercovici (2001, p.76):

“Quando se fala em função social, não está se fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade, que atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância. As transformações pelas quais passou o instituto da propriedade não se restringem ao esvaziamento dos poderes do proprietário ou à redução do volume do direito de propriedade, de acordo com as limitações legais. Se fosse assim o conteúdo do direito de propriedade não teria sido alterado [...].

[...]

A mudança ocorrida foi de mentalidade, deixando o exercício de direito de propriedade de ser absoluto. A função social é mais de que uma limitação. Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade.”

Verifica-se o cumprimento ou não-cumprimento da função social da propriedade de acordo com a observância ou não do direcionamento, de imposição constitucional, sobre o exercício do direito de propriedade para que este atenda os interesses da sociedade, além do interesse do proprietário.

Ainda sobre a principal diferença entre função social e limitações, destaca-se a distinção feita por Cristiane Derani (2002) entre o princípio da função social da propriedade e as limitações do uso da propriedade privada: "Não se trata de limitar o desfrute na relação de propriedade, mas conformar seus elementos e seus fins dirigindo-a ao atendimento de determinações de políticas públicas de bem estar coletivo".

1.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Nas palavras de Gustavo Tepedino (1997, pág. 315): “A propriedade, todavia, na forma em que foi concebida pelo Código Civil, simplesmente desapareceu no sistema constitucional brasileiro, a partir de 1988. A substituição da idéia de aproveitamento *pro se* pelo conceito de função de caráter social provoca uma linha de ruptura”.

Ainda segundo os ensinamentos de Tepedino[8]:

"Rejeita-se a propriedade como noção abstrata. Chega-se à noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário. A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e

abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas 'una situazione giuridica soggettiva tipica e compessa', necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.

(...)

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou de qualquer modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para as suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade."

A propriedade mereceu acolhida nas regras constitucionais no art. 5º, no Título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, ao lado da vida, da liberdade, da igualdade.

Dentre os incisos do referido artigo, no inciso XXIII, estatui a exigência de que a propriedade atenda à função social. Assim, a Constituição garante o direito de propriedade, mas só o garante se cumprir sua função social (art. 5º, XXII e XXIII e art. 170, II e III).

No âmbito do texto constitucional, a propriedade é trabalhada em duas acepções: como direito fundamental e como elemento da ordem econômica. No seu artigo 5º, que traz o rol dos direitos fundamentais do cidadão e da coletividade, a constituição federal, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, atribui a este uma função social ao dispor que:

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

A partir destes dispositivos, o direito de propriedade passa a ser marcado pelo cunho social, de forma que só merecerá proteção constitucional a propriedade que efetivamente cumprir sua função social.

Ao tratar da Ordem econômica e Financeira, o art. 170, inciso III estabelece como um dos princípios gerais da atividade econômica a função social da propriedade. O mesmo ocorre no inciso I do § 1º do art. 173 que, ao tratar do estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, estatui que este deverá dispor sobre a função social a ser por aquelas desempenhada. Independentemente disso, as disposições contidas no art. 1º, incisos III e IV, assim como no art. 3º, inciso I, todos esses da Constituição Federal, apontam para a solidariedade, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, atributos de um Estado Social.

Além disso, estabelece que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (artigo 182, § 2 º), bem como que a propriedade rural igualmente a cumpre quando

atende, dentre outros requisitos, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente (art. 86,III). Por outro lado, garante que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, definindo-o como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e impondo ao Poder Público e À coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, caput, §§ 1ºIII, e 4º).

Os dispositivos supracitados demonstram a instituição constitucional da função social da propriedade, fala-se que houve uma constitucionalização do regime jurídico da propriedade, ou sua publicização, desta forma, o direito de propriedade vinculado à função social, acarreta uma transformação no seu conteúdo.

A idéia de função social da propriedade, como os conceitos que não se pretendem estanques, mas que vão, ao longo do tempo, adquirindo novos significados, é compreendida atualmente como um princípio constitucional inserido no próprio conteúdo de propriedade.

Alguns autores entendem que em razão desse conjunto de normas constitucionais que regem a propriedade, esta não pode mais ser considerada como instituto de direito privado[9], como afirma José Afonso da Silva (2007, pág. 573):

"Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do Direito Privado. Por isso deverá ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62)."

No mesmo sentido entende Celso Antônio Bandeira de Mello (1987):

"O direito de propriedade – ou seja, o reconhecimento que a organização jurídica da Sociedade (Estado) dispensa aos poderes de alguém sobre coisas encaixa-se a nosso ver no Direito Público e não no Direito Privado. É evidente que tal direito comporta relações tanto de Direito Público quanto de Direito Privado. Entretanto, o direito de propriedade, como aliás sempre sustentou o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é, essencialmente, um direito configurado no Direito Público e – desde logo – no Direito Constitucional".

Referido posicionamento não é compartilhado por alguns doutrinadores como é o caso de Laura Beck Varela, segundo a qual esta "tendência publicizante" da propriedade é equivocada, posto que o aproveitamento econômico dos bens não é inovação da idéia de função social, mas refere-se à própria evolução das relações jurídicas reais, como forma de sobrevivência econômica do homem.

Desta forma, é possível verificar que o regime jurídico da propriedade é disciplinado pela Constituição, de forma que referido instituto não pode ser avaliado pelo intérprete apenas à luz do Código Civil, mas deve ser lido à luz da Constituição, pois o direito de propriedade não é mais um poder tendencialmente pleno e absoluto.

Por outro lado, o proprietário continua a exercer a sua senhoria sobre seus bens, porém, de forma a voltar sua utilização à função social, visto ser ela componente da estrutura do direito, e não um mero elemento externo, assim, o atual direito de propriedade é direito subjetivo mais função social. As dimensões púbica e privada não constituem esferas herméticas.

Conclui a renomada professora Maria Celina B. M. Tepedino (1993, pág. 26) que:

"O direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão", de modo que a divisão entre um e outro não deve traduzir a distinção entre duas realidades estanques, mas contemplar a diferença que reside na prevalência entre o interesse público e o interesse privado em determinada circunstância, eis que em todas elas há presença dos dois tipos de interesse."

Neste sentido é o entendimento de Eros Roberto Grau (1983, pág. 65), que salienta a necessidade de se tornar sob reserva "a afirmação de que a propriedade, modernamente, deixa de ser entendida como direito subjetivo dos indivíduos". De acordo com esse autor, "o que parece exato, apenas, é a circunstância de que a propriedade não consubstancia mais um direito subjetivo justificado exclusivamente pela sua origem, mas que remanesce exclusivamente à medida que atentemos a que seu fundamento é inseparável da consideração do seu uso."

A superação da dicotomia direito público e direito privado, não implica o desaparecimento da esfera privada, mas se depreende que há um espaço de interseção entre direito público e direito privado, e que, portanto, o direito privado passa a adquirir uma nova dimensão e significado.

É sob o manto da Constituição que a função social se concretiza, a Constituição Federal em vigor consolida e marca com maior positividade referido princípio. Segundo Sundfeld (1987, pág. 5):

[...] ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao Direito Privado algo até então tido como exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário. [...] Importa notar que, como conseqüência da submissão da propriedade, ou do proprietário, a objetivos sociais – evidentemente obrigatórios – criam-se verdadeiros deveres.

O tratamento jurídico da propriedade deve ser pautado pelo texto constitucional, e não apenas concebido através de normas previstas no Código Civil, visto que este não se encontra mais no centro das relações de direito privado, o que decorre da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas. A Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico, é a norma superior, na qual as demais buscam seus fundamentos de validade.

O direito de propriedade é o traçado pela constituição vigente, que inseriu na sua estrutura a função social da propriedade, de forma que o uso legítimo da propriedade é aquele que se dá consoante com o atendimento da sua função social, vinculado ao interesse da coletividade. É dada profunda importância ao direito de propriedade que, assegurado constitucionalmente, faz com que o legislador ordinário esteja totalmente coarctado pelo princípio de forma que não pode expedir leis que não estejam confinadas à moldura constitucional.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Mandado de Segurança 2.046/DF, que teve como Relator o Ministro Hélio Mosimann, decidiu[10], e 18.05.1993, reconhecendo a sujeição do direito de propriedade ao cumprimento da função social, entendeu:

"(...) o direito privado de propriedade, seguindo-se a dogmática tradicional (CC, arts. 524 e 527), à luz da Constituição Federal (art. 5, XXII, CF), dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido com sujeição a disciplina e exigência da sua função social (art. 170, II e III, 182, 183, 185 e 186, CF). É a passagem do Estado – proprietário para o Estado – solidário, transportando-se do "monossistema" para o "polissistema" do uso do solo (art. 5, XXIV, 22, II, 24, VI, 30 VIII, 182, §§ 3 e 4, 184 e 185, CF)".

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação 88.934-1, que teve como relator o eminente Desembargador Alves Braga: "Sem embargo do direito à propriedade, seu uso ficou constitucionalmente condicionado à sua função social. Há, portanto, disposição específica na Constituição estabelecendo condições limitantes ao seu uso. Na medida em que o proprietário queira fazer uso anti-social, encontrará vedação na ordem constitucional."

Verifica-se, portanto, que o instituto da propriedade esta submetido à função social, sob fundamento constitucional, o que não implica em sua transferência para o direito público, como alguns autores têm propugnado. O que se dá é uma mudança de mentalidade jurídica em reconhecer a supremacia da constituição sobre as demais normas, de forma que o operador do direito deve ler o Código à luz da Constituição e não o contrário.

Nesse sentido destaca-se o entendimento de Carlos Ari Sundfeld (1987, pág. 50) que afirma a coexistência das noções de direito subjetivo de propriedade e da função social: "A função (...) não significa a extinção do direito subjetivo. Em matéria de

propriedade, há a convivência necessária de ambos. Daí não haver fundamento lógico para sustentar-se que a propriedade privada extinguiu-se".

No mesmo sentido, FARIAS (2007, pág. 314) expõe que:

"Assim, verifica-se que o Código Civil de 2002, atento aos seus princípios, facilitou a visão do direito de propriedade, como um direito subjetivo cujo conteúdo e extensão assenta-se sob o fundamento constitucional, não mais como um direito absoluto voltado aos interesses egoísticos de seu titular, mas um direito em cujo cerne repousam deveres (ou poder-dever)."

A função social da propriedade foi acolhida pela Constituição Federal de 1988 de forma definitiva no ordenamento jurídico pátrio, estabelecendo um novo regime jurídico da propriedade. O novo Código Civil, seguindo o princípio da sociabilidade, também insere a função social da propriedade no art. 1228, § 1º.

Partindo de uma interpretação sistematizada do ordenamento jurídico em face da Constituição, verifica-se que a função social constitui razão pela qual o direito de propriedade é atribuído a um sujeito, como leciona Pietro Perlingieri (1970, pág. 71):

"Se Tizio ha avuto risconosciuta dall'ordinamento giuridico la proprietà di um certo bene e questa proprietà ha una disciplina inderogabile al di fuori dei porteri del titolare, al di fuori dell'autonomia privata, e in questa disciplina vi sono determinati obblighi di comportamento da parte del proprietário, significa che questi in tanto ha avuto dall'ordinamento giuridico quel diritto di proprietà in quanto rispetti quegli obblighi, in quanto rispetti la funzione sociale del diritto di proprietà. Se il proprietario rimane inadempiente e non si realizza la funzione sociale della proprietà, egli non è poi meritevole di tutela as parte dell'ordinamento giuridico: viene meno la stessa ragione della tutela, viene meno il diritto di proprietà."[11]

Ao dispor sobre o significado e alcance da função social da propriedade, Gustavo Tepedino (2004, pág. 318-319) leciona:

"A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu 'profilo interno' e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um 'massimo sociale'."

Desta forma, é possível verificar que o instituto da propriedade passa a ser visualizado não mais como um instituto único e absoluto, herança de uma época cuja concepção jurídica de propriedade baseava-se no modelo napoleônico pandectista, mas sob o aspecto plural, de forma a se falar atualmente em propriedades e não em propriedade.

Ao analisar a crise da noção unitária de propriedade, JÚNIOR (2002, pág. 170) destaca que: "a concretude buscada na operacionalização da função social da propriedade acarreta diversos tratamentos jurídicos ao direito de propriedade, arrancando-o da tirania de sua definição oficial e unitária, pluralizando-a."

A propriedade, sob as suas várias dimensões (atividade econômica, ativos mobiliários, propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais) estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social, sendo, portanto, desta variabilidade de regimes proprietários que decorre o entendimento que não cabe falar em propriedade, mas em propriedades.

Júnior (2002, pág. 158) entende que:

"o exercício dos poderes proprietários é variável e não cabe mais no abstrato modelo de usar, fruir e gozar. Bens de produção ou de consumo, móveis e imóveis, imóveis rurais e urbanos, riqueza material ou imaterial, propriedade empresarial, atividade financeira, bens culturais, todos têm diversos regimes proprietários. A diversidade dos bens, seja por sua natureza, seja pela destinação que se lhes dê, envolve uma análise circunstancial e concreta – implementada pelo trabalho do legislador e do jurista – para a realização de sua função social."

O princípio da função social será definido caso a caso, fixando os modos de agir do proprietário. Júnior (2002, pág. 159) ao citar Guido Alpa, de forma brilhante expõe que:

"a função social da propriedade é a relação que existe entre os poderes de destinação do proprietário, a conformação do bem e o plano de utilização da propriedade. Para cada bem um regime particular, conforme suas qualidades naturais e econômicas (conformação do bem); o regime definirá a forma de exercício dos poderes proprietários (poderes de destinação do proprietário); o proprietário deverá obedecer também aos usos indicados pela legislação (plano de utilização da propriedade, determinada mediante intervenção estatal na atividade privada)."

A propriedade como categoria tradicional apresentada como uma unidade é reconstruída sobre uma base pluralista: novas propriedades, configurada de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento jurídico, cada estatuto proprietário. Elevada à condição de princípio constitucional e de direito fundamental, a função social da propriedade implica em profunda alteração no conteúdo do direito de propriedade.

Neste aspecto plural é que a propriedade é abordada pela Constituição Federal, que no art. 5 º, XXII, trata a propriedade de uma forma geral, que segundo José Afonso da Silva (pág. 757) refere-se a "garantia de um conteúdo mínimo essencial", em seguida a Constituição distingue os diversos tipos de propriedade: propriedade urbana (art. 182, § 4º), propriedade rural (art. 5 º, XXVI; 184;185 e 186), propriedade pública (arts. 20 e 26), propriedade autoral (art. 5 º, XXVII), propriedade dos recursos minerais (art. 176), propriedade das empresas jornalísticas e de rádio difusão sonora e de sons e imagens (art. 222), etc.

Desta maneira, o conteúdo da função social das diversas formas de propriedade, muitas vezes, o próprio texto constitucional os preenche, de maneira que a apreciação de cada caso é necessária e não mais com vistas apenas ao sujeito abstrato das legislações oitocentistas, mas voltado à pessoa concreta, humana, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade.

4 FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.

É na Constituição de 1988, que os direitos sociais ganham relevo, que a função social da propriedade é erigida a princípio constitucional, que o meio ambiente surge como direito difuso, sendo abandonada a idéia de que o sujeito, numa perspectiva egoística, está no centro das preocupações do Direito.

Canotilho (2007, pág. 84) ao dispor sobre a introdução ambiental à Constituição de 1988, aduz que houve o sepultamento do paradigma liberal, de forma que a Constituição "metamorfoseou, de modo notável, o tratamento jurídico do meio ambiente, apoiando-se em técnicas jurídicas multifacetárias". O meio ambiente é reconhecido como bem jurídico autônomo e recepcionado na forma de sistema[12], que se organiza na forma de "uma ordem pública ambiental constitucionalizada".

José Afonso da Silva (pág. 717) afirma que todo o "capítulo do meio ambiente é um dos mais importantes e avançados da Constituição de 1988".

A tutela ao meio ambiente foi consagrada pela Constituição Federal de 1988, de forma a inovar o sistema de salvaguardas ambientais. No capítulo VI (Do Meio Ambiente) do título VIII (Da ordem social) decorre que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.[13] Em razão de um tratamento jurídico abrangente, a tutela do meio ambiente não ficou restrita ao art. 225 da CF, o que nas palavras de CANOTILHO (2007, pág. 86) consiste em um salto "do estágio da miserabilidade ecológico-constitucional, própria das Constituições liberais anteriores, para um outro que, de modo adequado, pode ser apelidado de opulência ecológico-constitucional".

Destaca CAVEDON (2003, pág. 122) que:

“A proteção conferida ao Meio Ambiente pela Constituição da República Federativa do Brasil, a inserção da defesa do Meio Ambiente ao lado da Função Social da Propriedade como princípio da ordem econômica, e a utilização adequada dos recursos naturais como requisito ao cumprimento da Função Social da Propriedade rural, passam a caracterizar uma Função Ambiental inerente à Propriedade e intrínseca à noção de Função Social da mesma.”

Cumpre destacar o entendimento de alguns autores quanto ao direito de propriedade, que segundo os dispositivos legais da Constituição Federal e do Código Civil[14], deverá ser exercido em conformidade com as finalidades social e ambiental.

Milaré (2004) elege a função socioambiental da propriedade como um dos princípios fundamentais do direito do ambiente, segundo referido autor, a função ambiental foi contemplada como elemento marcante do direito de propriedade no novo Código Civil.

Segundo Benjamim (1998, pág. 72), a Constituição traz restrições explícitas ao direito de propriedade por meio da instituição da função socioambiental da propriedade de forma que “a propriedade privada, nos moldes da Lei Maior vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada e comedida, onde se submete a uma ordem pública ambiental (...).”

Na opinião de Derani (2000, pág. 269), também o detentor de recursos naturais deve atender a “função ambiental da propriedade, posto que estes bens apropriados e a manutenção de suas característica ecológicas são indispensáveis à realização do meio ambiente ecologicamente equilibrado”. A autora ressalta ainda que: “a propriedade protegida pelo direito é aquela em que se desenvolve uma relação de produção sustentável, social e ambientalmente” (2002, pág. 66).

Grau (1994, pág. 250) salienta que a proteção ambiental integra o conceito e o próprio conteúdo da função social da propriedade. “O debate que, no regime Constitucional anterior, nutria-se em torno da possibilidade de integrar-se a proteção ambiental no âmbito da função social da propriedade resulta superado”.

Cavedon (2003, pág. 124) menciona que a função ambiental da propriedade resulta da conjunção da proteção legal conferida pelo ordenamento jurídico ao Direito de propriedade e ao meio ambiente, “busca-se compatibilizar estas duas esferas, direito individual e direito difuso, sem que haja anulação de qualquer delas”.

Jesús Jordano Fraga (apud CAVEDON, 2003, pág. 123) “reafirma a idéia de que, se a função social é um dos elementos intrínsecos à propriedade, certamente traz em seu bojo uma vinculação ambiental, que pode ser caracterizada como uma Função Ambiental”. Assim dispõe que:

“de la misma forma que se mantiene que la función social es algo interno a la estructura del derecho de propriedad, que delimita el contenido del mismo, no parece que haya

serias objeciones para realizar la misma afirmacíon respecto de la “vocaciòn o vinculación ambiental”.[15]

O uso da propriedade é limitado em razão da função ambiental, exigindo do proprietário a adequação deste uso às exigências de ordem ambiental, em nome da proteção do patrimônio ambiental comum. Ao dispor sobre características do regime jurídico do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, frente à função social e smbiental da Propriedade e da Proteção Legal do Meio Ambiente, CAVEDON (2003, pág. 125) concebe este direito como:

“o poder do titular do domínio sobre um bem de fazer uso do mesmo dentro dos limites impostos pelo seu dever de atender uma Função Social, correspondente ao uso de acordo com os interesses da coletividade, e uma Função Ambiental, para o cumprimento da qual o proprietário deverá promover o uso ordenado e ecológico da Propriedade, que vise a proteção dos bens ambientais nele existentes.”

Desta forma, a função ambiental da propriedade, em sentido amplo consiste nos deveres atribuídos ao proprietário de utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Sobre a função social da propriedade, Orlando Gomes (1997, pág. 111) entende que: “a despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem sobre o qual recai o direito, conforme a intensidade do interesse geral que o delimita, e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional.”

O mesmo pode-se dizer sobre o conteúdo da função ambiental da propriedade, os deveres que a compõem variam de acordo com os bens ambientais presentes em cada propriedade.

De duas ordens, portanto, foram os limites constitucionais ao direito de propriedade, reconhecidos no texto constitucional de 1988, primeiro, foi agregado ao direito de propriedade a exigência de cumprir a função social, que conforme entendimento de Eros Roberto Grau (2000, pág. 250), “impõe ao proprietário o dever de exercê-la em benefício de outrem e não apenas, de não exercer em prejuízo de outrem”.

Segundo, e de maneira originária, o constituinte de 1988, a partir das bases da função social, introduziu uma função ambiental que deve ser necessariamente cumprida pela propriedade. Nestes termos preceitua o art. 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, os seguintes requisitos: (...) II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

Diante da Constituição ambiental de 1988, a propriedade teve sua estrutura radicalmente alterada, visto que além de incorporar em seu conteúdo a função social da

propriedade, uniu-se com a tutela ambiental. E isso porque, na esfera da função social da propriedade, e estendendo seu conteúdo, estão contidos os princípios constitucionais de proteção ambiental.

O respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e que deve ser conservado para as futuras gerações, constitui premissa básica para o atendimento da função social da propriedade.

Conforme o ambientalista Antônio Herman V. Bejamin (1996, pág. 52), "poucas constituições unem tão umbilicalmente função social e meio ambiente como a brasileira".[16]

Direito de propriedade e meio ambiente constituem institutos interligados, a propriedade, mesmo mantendo suas prerrogativas e elementos básicos, é hoje estruturalmente diferente daquela prevista nos sistemas constitucionais anteriores.

Maria Luísa Faro Magalhães (1997, pág. 150) entende que:

"a vinculação estabelecida no art. 186, inc. II da Carta Magna, ampliando o conceito de função social da propriedade, inseriu a função ambiental como elemento dela constitutivo, tratamento que operou uma reciclagem da noção de função social, ampliando seu conteúdo de maneira tal que, na nova Constituição, a função social visa atender objetivos já não apenas de natureza distributiva mas, igualmente, de caráter ambiental, política que, ao eleger valor que anteriormente não figurava como limite ao poder de uso e gozo do direito de propriedade, veio socorrer interesses da sociedade que eram anteriormente insuspeitados".

A Constituição determina que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 se faça presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica no art. 170, VI. Como bem assevera o iminente Eros Grau (RT 702/251), deve-se ressaltar que inexiste proteção constitucional à ordem econômica que sacrifique o meio ambiente.

Desta forma, não se pode admitir o uso da propriedade sem atender às exigências sociais e ambientais, dois princípios vetores do direito de propriedade que, embora distintos, sendo um comando para a preservação do meio ambiente e o outro determinado ao cumprimento da função social, não constituem princípios que se contradizem, mas que se completam, se vinculam e exigem uma aplicabilidade em conjunto.

Nesse sentido, leciona Raimundo Alves de Campos Junior (2004, pág. 139):

"O princípio da função social exerce um papel preponderante na conciliação do direito de propriedade à proteção ambiental. A nossa Constituição explica esta relação quando cuida da propriedade rural, ao estabelecer que a função social só é cumprida se há

preservação do meio ambiente. Os princípios (função social e preservação do meio ambiente) são autônomos, mas profundamente interligados".

Os princípios da função social e função ambiental da propriedade são compatíveis e complementares de forma que constituem princípios informadores da Constituição econômica pátria, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social. Segundo Eros Roberto Grau (2000, pág. 242, 243 e 255), cuida-se de princípios constitucionais impositivos, ambos a cumprir dupla função, como instrumental e como objetivo específico a ser alcançado. Entende que "a soberania nacional – assim como os demais princípios elencados nos incisos do art. 170, consubstancia concomitantemente, instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado".

Destarte, a proteção ambiental tem importância decisiva na hermenêutica e integração do texto constitucional, devendo preponderar no conceito de função social da propriedade, integrando-o, de forma que referidos princípios devem ser interpretados harmonicamente.

5. O equilíbrio ambiental como direito fundamental: uma síntese.

Ainda na mesma linha: FIORILLO & RODRIGUES (1999, pág. 31-32), entendem que o direito fundamental ao meio ambiente é pressuposto do exercício e da realização plena de todos os demais Direitos Fundamentais, visto que tem como principal objetivo a própria vida humana.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito essencial, fundamental, vinculado ao bem jurídico maior, qual seja, a proteção da vida, posto que constitui condição indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e satisfação de suas necessidades como qualidade de vida. Afirma CAVEDON (2003, pág. 90) que: "está diretamente relacionado ao direito fundamental à vida, visto que a realização deste direito requer condições ambientalmente saudáveis".

Silva (1994, pág. 36) expõe que "proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana".

A doutrina, de forma geral, reconhece a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mormente nos países que modificaram suas Constituições após a Conferência de Estocolmo de 1972. Neste sentido, Milaré (2004, pág. 212-213) enxerga o direito ao ambiente sadio como "um direito fundamental do indivíduo", isto é, "direito público subjetivo, vale dizer, exigível, exercitável em face do próprio Estado, que tem, também, a missão de protegê-lo".

José Afonso da Silva (1994, pág. 36) refere-se à “formação de um novo direito constitucional”, expõe o autor que “proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana”.

O *status* de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado leva a formação de um princípio de primariedade[17] do ambiente, de forma que, nenhum agente, público ou privado, é lícito tratá-lo como valor subsidiário, acessório.

CAVEDON (2003, pág. 91) em análise ao meio ambiente como direito fundamental ensina:

“Assim, o Meio Ambiente ecologicamente preservado e saudável, como direito fundamental, é um princípio da Constituição da República Federativa do Brasil, considerado um valor fundamental da Sociedade brasileira. (...) o Meio Ambiente preservado não é apenas protegido legalmente, mas possui um “reforço especial” por se configurar como direito fundamental e como princípio constitucional, a ser prioritariamente considerado na interpretação das instituições jurídicas, no exercício de atividades e interesses particulares e, principalmente, nas decisões judiciais”.

A classificação do meio ambiente como direito fundamental, bem de uso comum do povo, resulta em algumas implicações como indivisibilidade, impossibilidade de apropriação privada e distribuição equitativa de seus benefícios, delineando limitações sobre a propriedade privada decorrentes da natureza dos bens ambientais; bem como possíveis conflitos entre o direito de propriedade e proteção do meio ambiente.

Merece destaque duas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito fundamental protegido pela Constituição.

O julgamento do RE 134297-8/SP (BRASIL, 2009) inaugurou a afirmação constitucional do direito fundamental ao meio ambiente; bem como o julgamento do MS 22164/DF (BRASIL, 2009), no qual pela primeira vez o STF reconheceu expressamente características essenciais do bem ambiental, quais sejam: - a repartição de responsabilidades no exercício desses deveres, - a relação estabelecida entre a sua concretização e os deveres atribuídos aos Poderes Públicos e à coletividade, e – a titularidade compartilhada de interesses sobre o bem.

Ensina o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2009, MS 22164-0/SP), no seguinte destaque de suas razões de voto, que:

“Trata-se (...) de um típico direito de terceira geração, que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica

a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se deste modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social".

O STF reconheceu expressamente, na mesma ocasião, que o direito fundamental ao meio ambiente não encerra apenas uma perspectiva de pretensões, mas, sobretudo, materializa a proteção de valores indisponíveis, de titularidade coletiva, atribuídos a toda a coletividade, neste sentido entende Celso de Mello: "(...) o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo em sua singularidade, mas num sentido mais abrangente, à própria coletividade social".

Importante destacar ainda o aspecto relacionado à natureza jurídica do meio ambiente que, segundo orientação de Celso de Mello em suas razões de voto, o tribunal considerou que: "(...) o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo que se impõe – sempre em benefício das presentes e futuras gerações – tanto ao poder público como á coletividade em si (...)".

Desta forma, o meio ambiente protegido pela Constituição, apresenta-se não apenas como uma norma que reconhece um direito a todos, mas inclusive, que fixa a todos os titulares deveres.

Paulo Affonso Leme Machado (2002, pág. 127) entende que do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado decorreria uma função ambiental da propriedade; ao dispor sobre o aspecto ambiental da função social ensina: "O conteúdo da propriedade não reside num só elemento. Há sem dúvida, o elemento individual, que possibilita o gozo e lucro para o proprietário. Mas outros elementos aglutinam-se a esse: além do fator social, há o componente ambiental".

A expressão função ambiental é utilizada por Cristiane Derani (2002, pag. 67 e 69) que parece aludir à dimensão ambiental da função social da propriedade e não a um novo conceito, sustentando que se refere ao atendimento de uma função ambiental que teria por objeto dirigir o uso dos bens naturais apropriados no sentido da consecução do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afirmando: "Quando a apropriação da natureza, ao invés de resultar na melhoria da produção social, traz um prejuízo aos direitos fundamentais individuais e coletivos, esse exercício é incompatível com o princípio da função social da propriedade e, portanto, defeso pelo direito".

Segundo Isabella Franco Guerra e Flavia C. Limmer (2001, pág. 580) a utilização da expressão função socioambiental da propriedade decorre do desdobramento da idéia contida na função social da propriedade:

“Neste sentido, a função sócio-ambiental da propriedade determina que o uso deve atender ao interesse público, respeitando os preceitos de ordem pública, isto é, a propriedade não pode ser utilizada de modo a acarretar um prejuízo social. Logo, se o direito á propriedade for exercido desrespeitando a preservação ambiental, ocasionando o desequilíbrio ambiental, estaria, portanto, impondo um ônus à coletividade, rompendo, portanto, com os preceitos de segurança jurídica”.

Ensina Márcia Dieguez Leuzinger (2002, pag. 66) que: “a função social da propriedade, que fornece os contornos do direito, condicionando sua utilização ao bem-estar coletivo, inclui a chamada função socioambiental, que impõe a preservação do ambiente natural pelo proprietário, nos termos legalmente estabelecidos”.

Guilherme José Purvim de Figueiredo (2008, pag. 38) prefere a expressão “dimensão ambiental da função social da propriedade” aduz que não há na Constituição Federal a expressão “sócio-ambiental” ou “socioambiental”.

Desta forma, é possível dizer que existe uma interface entre o Direito Ambiental e o direito de propriedade, qual seja, o princípio da função social da propriedade em seu aspecto ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, é possível verificar que o instituto da propriedade passa a ser visualizado não mais como um instituto único e absoluto, herança de uma época cuja concepção jurídica de propriedade baseava-se no modelo napoleônico pandectista, mas sob o aspecto plural, de forma a se falar atualmente em propriedades e não em propriedade.

De duas ordens, portanto, foram os limites constitucionais ao direito de propriedade, reconhecidos no texto constitucional de 1988, primeiro, foi agregado ao direito de propriedade a exigência de cumprir a função social, segundo, e de maneira originária, o constituinte de 1988, a partir das bases da função social, introduziu uma função ambiental que deve ser necessariamente cumprida pela propriedade.

Desta forma, busca-se evidenciar que a função ambiental da propriedade, em sentido amplo consiste nos deveres atribuídos ao proprietário de utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Verifica-se, portanto, que a proteção ambiental integra o conceito e o próprio conteúdo da função social da propriedade, que certamente traz em seu bojo uma vinculação ambiental, que pode ser caracterizada como uma Função Ambiental

BIBLIOGRAFIA

BEBJAMIM, Antônio Herman V.. **Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente.** Revista de Direito Ambiental, n. 4, São Paulo: RT, out/dez, 1996.

_____. **Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente.** *In :* FGUEIREDO, Guilherme José Puvim de (Org). Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. São Paulo: IBAP, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade**. *In* JUNIOR NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coor.). Revista de Direito

Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, ano 2 Julho-Setembro 2001.

_____. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito.** Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP. Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira *versus* Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União de 17 nov. 1995. Disponível em : http://www.stf.gov.br. Acesso em: 15 de mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 134.297-8/SP. Estado de São Paulo *versus* Paulo Ferreira Ramos e cônjuge. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União de 22 set. 1995. Disponível em : http://www.stf.gov.br. Acesso em: 15 de mar. 2009.

BULOS, Uadi Lamêgo. Função Social da Propriedade (Perspectiva Constitucional). In

CARRION, Valentin (diretor). **Trabalho & Processo. Revista Jurídica Trimestral**. São Paulo: Saraiva, Setembro 1995.

CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O Conflito entre o Direito de Propriedade e o Meio Ambiente**. Editora Juruá. Curitiba, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE; José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVEDON, Fernanda Salles. **Função social e ambiental da propriedade.** Florianópolis: Visualbooks, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Função ambiental da propriedade.** *In* Revista de Direitos Difusos. São Paulo, n. 3, 2000.

_____. **A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo de Sua Função Social**. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Malheiros, v.27, jul/set. 2002.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho** (publico y privado). Buenos Aires: Heliasta, s/data, op. cit. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coordenador). **Função Social no Direito Civi**l. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIAS, Valter Nazareno. **A função social da propriedade como cláusula geral.** *In* Revista de Direito Privado, coord: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, nº. 32, ano 8, outubro-dezembro de 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coordenador). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Proteção do Meio Ambiente: caso parque do povo (parecer).** Revista dos Tribunais, São Paulo, n.702, 1994.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JÚNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MAGALHÃES, Maria Lúcia Faro. **Função Social da Propriedade e Meio Ambiente – Princípios Reciclados**. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Org). Dano Ambiental: Preservação, Reparação e Punição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Helli Alves de. **Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa do meio ambiente.** Revista Forense, v. 317, 1992.

PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Camerino: Jovene, 1970.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Função Social da Propriedade**. DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Orgs.). In: **Temas de Direito Urbanístico**. São Paulo: RT, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. *In*: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org). Estudos em homenagem ao professor Caio Tacio. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

_____. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. In: Temas de Direito Civil. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à propriedade moderna: Um estudo de história do direito brasileiro -** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

---

[1] Duguit afirma que o substrato teórico que serviu de base para a concepção do direito de propriedade – o direito subjetivo de propriedade - é uma noção de ordem metafísica, que confere ao proprietário o poder de impor a sua vontade frente aos demais. É, portanto, uma noção absolutamente individualista e incompatível com as tendências das sociedades modernas e com o realismo na qual vivem: realismo que impõe o reconhecimento da função social sobre os indivíduos e os grupos.

[2] Valter Nazareno Farias (2007, pág. 298) assevera que: "o crítico mais enérgico contra a concepção da propriedade-função foi Jean Dabin, que observou que a doutrina de Duguit afirmava que mesmo a norma conferindo um benefício a um indivíduo, afirma não existir um direito subjetivo. (...) Assim, quando Duguit afirma que a propriedade é uma coisa e não um direito, Dabin objeta-lhe afirmando que o proprietário tem uma coisa, neste sentido ele a possui; a coisa lhe pertente e outro não pode possuí-la, nem a coletividade, ou seja, é seu direito possuí-la e esse direito é oponível *erga omnes*, e se o aparato social o protege é porque ele tem um direito. Logo, o que Duguit apresenta não passaria de um jogo de palavras."

[3] Afirma-se a necessidade do direito subjetivo de propriedade exercer, ter, possuir uma função social. Decerto, não se está a defender no presente trabalho, a ultrapassada concepção de Duguit, embasada nos ideais de Augusto Comte, segundo a qual o direito é uma função social. Com efeito, a noção de *propriété-fonction*, anteriormente explicita por Proudhon, e sistematizada por Duguit, já havia sido criticada desde seu nascedouro, principalmente por Josserand (VARELA, LUDWIG, 2002, p.768 - 769). Diuturnamente, já resta pacificado que direitos subjetivos persistem, e devem observar a função social. O ideal de Duguit segundo o qual o direito subjetivo não existe, e é uma função social, não mais merece eco, consistindo, todavia, em importantíssima notícia histórica.

[4] Tradução livre: "Para o direito de propriedade, a verdadeira linha de ruptura se chega quando, abandonada a idéia de gozo para si, se entra no conceito de função de caráter social".

[5] Ao analisar no presente trabalho a função social da propriedade, não será feita uma abordagem detalhada da Teoria Funcionalista, aplicável ao estudo da estrutura social e à diversidade cultural, mas sim uma análise funcional do referido instituto, visto que, como bem observa Norberto Bobbio (2007, pág. 92): "Uma coisa é o funcionalismo, que é uma teoria global da sociedade e do qual aqui não me ocupo, outra coisa é a análise funcional de um instituto; a qual pode muito bem prescindir daquele tipo de filosofia social que é o funcionalismo e que não é de modo algum incompatível com uma análise crítica do instituto, fundada, precisamente, na maior ou menor utilidade social da função que aquele instituto desempenha."

[6] COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. RDM 63/ 71-79.

[7] José Afonso da Silva (2008, pág. 75), com base em Karl Renner, assevera: “O princípio da função social da propriedade tem sido mal definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo”.

[8] TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: Temas de Direito Civil. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

[9] Orlando Gomes (1983) entende que: “o esvaziamento do Código Civil como estatuto da vida privada decorre ainda da emigração para o plano constitucional de princípios gerais atinentes a instituições privadas, tais como a propriedade e a família e a própria autonomia privada. Não que tenham passado a ser institutos de direito público regulados na Constituição, mas, sim, porque foram, na sua essência, transferidos do Código Civil. A propriedade que se exerce sob a forma de empresa, a propriedade rural, a propriedade cultural e até a propriedade de certos bens de uso passaram para a região onde somente leis especiais podem vicejar. Sobrevivem e sobreviveriam no código apenas as disposições concernentes ao uso, ao gozo e às disposições dos bens alheios ao processo produtivo, conservados os esquemas romanistas para as soluções dos conflitos pessoais entre vizinhos, entre condôminos ou entre possuidores. Os próprios conceitos fluídos, que chamei, faz tempo, conceitos amortecedores, e as chamadas clausulas gerais ou *standarts* subiram para a Constituição”.

[10] Fonte: DJ data: 30.08.1993, pág. 17.258. No mesmo sentido: Acórdão: MS 1.835/DF 9200206336) Relator Min. Garcia Vieira.

[11] Tradução livre: "Se o ordenamento jurídico reconheceu a Tizio a propriedade de um certo bem e esta propriedade tem uma disciplina inafastável que se encontra fora dos poderes do titular, fora da autonomia privada, e nessa disciplina são determinadas obrigações de comportamento por parte do proprietário, significa que o ordenamento jurídico reconhece o direito de propriedade na medida em que essas obrigações forem cumpridas, na medida em que seja respeitada a função social do direito de propriedade. Se o proprietário permanece inadimplente e não se realiza a função social da propriedade, não é merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico: assiste-lhe menos essa mesma razão da tutela, assiste-lhe menos direito de propriedade."

[12] Todos os seus elementos são apreciados e juridicamente valorizados sob esta perspectiva sistêmica. Nesse sentido, tem-se a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6938/810 que define meio ambiente como “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” (art. 3, I).

[13] “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”.

[14] Art. 1228, par. 1, CC – “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".

[15] Tradução livre: "

[16] Antônio Herman V. Benjamin (op. cit. pág. 51-52), discorrendo sobre a importância da função social da propriedade na proteção do meio ambiente, salienta que: "Para fins de proteção do meio ambiente, a noção de função social é relevantíssima, pois, já dissemos, todo e qualquer controle que dela decorra, exceto quanto à Constituição expressamente o afirmar em contrário, não propicia indenização com base em desapropriação direta ou indireta. No Brasil, infelizmente, ao contrário do que se observa em outros países, como a Alemanha, a teoria da função social da propriedade na tem tido eficácia prática e previsível na realidade dos operadores do direito e no funcionamento do mercado;a verdade é que, entre nós, a noção ainda não foi, inexplicavelmente, desenvolvida (ou mesmo suficientemente compreendida) no plano doutrinário, daí os percalços jurisprudenciais que enfrentamos. Um balanço objetivo comprova que a concepção apresentada pouco – para não dizer nenhum – impacto na forma como são julgados certos casos em que estão em discussão limites internos do direito de propriedade, em particular os de caráter supraindividual, exatamente o cerne de sua operação: inexiste, neste sentido, exemplo melhor do que o que está sucedendo em termos de desapropriação indireta por proteção ambiental. Havendo, de fato, tanta carência de trato de trato adequado da função social da propriedade na nossa prática jurídica atual, não é de surpreender o desconhecimento da função sócio-ambiental da propriedade, tardio desdobramento – legislativo, doutrinário, jurisprudencial – daquela. Não devia ser assim, contudo: poucas constituições unem tão umbilicalmente função social e meio ambiente como a brasileira".

[17] Primariedade esta que, para alguns, tem sentido absoluto, conquanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado "se encontra acima de qualquer outro direito posto que diz respeito à garantia da vida". (OLIVEIRA, 1992, pág. 141)