

A CONTEMPORANEIDADE DO PENSAMENTO DE VICTOR NUNES LEAL

ORGANIZAÇÃO

INSTITUTO VICTOR NUNES LEAL

PREFÁCIO

JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE

Alberto Venâncio Filho

Ana Frazão

Antonio Herman Benjamin

Carlos Olavo Pacheco de Medeiros

Fábio Ulhoa Coelho

Fernando Dias Menezes de Almeida

Fernando Neves da Silva

Francisco Manoel Xavier de Albuquerque

Francisco Rezek

Luís Roberto Barroso

Marcelo Guedes Nunes

Monica Herman Caggiano

Pedro Gordilho

Rafael Thomaz Favetti

Wagner Rossi Rodrigues

2013



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
 CEP 05413-909
 PABX: (11) 3613 3000
 SACJUR: 0800 055 7688
 De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
 saraivajur@editorasaraiva.com.br
 Acesso: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
 Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
 Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
 Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
 Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomena Gomes, 670 — Jacarecanga
 Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
 Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento
 Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
 Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
 Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
 Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
 Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha
 Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
 Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
 Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
 Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
 Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
 Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
 Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
 Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos
 Fone/fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
 Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 — Barra Funda
 Fone: PABX (11) 3616-3666 — São Paulo

134.332.001.001

ISBN 978-85-02-19568-4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
 (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal /
 Instituto Victor Nunes Leal, organização. — São Paulo :
 Saraiva, 2013.

Vários autores.

Bibliografia.

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo -
 Brasil 3. Leal, Victor Nunes, 1914-1985 I. Instituto Victor
 Nunes Leal.

12-15690

CDU-35

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito administrativo 35

Diretor editorial Luiz Roberto Cunha

Gerente de produção editorial Lúgia Alves

Editora Thaís de Camargo Rodrigues

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia

Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan

Arte e diagramação Cristina Aparecida Aguda de Freitas

Jessica Siqueira

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati

Adriana Bairrada

Serviços editoriais Marília Cordeiro

Tatiana das Santos Romão

Capa Leon Denis Matheus

Produção gráfica Mark Rampim

Impressão e Acabamento Gráfica Ideal

Data de fechamento da edição: 30-4-2013

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização do Editora Saraiva.
 A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE,
LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS E O PAPEL
DO JUIZ NA PROTEÇÃO DAS FLORESTAS

Desde eras imemoriais, o direito de propriedade integra a raiz dos regimes político-jurídicos dos povos¹. A antiguidade de um instituto jurídico, contudo, não significa que a fórmula do passado se preste a perfeitamente caracterizá-lo, entendê-lo, justificá-lo ou aplicá-lo no presente, nem que, à conta de sua gênese ou cepa longa, se lhe outorgue eterno atestado de boa conduta dogmática,

* O autor, professor da Universidade Católica de Brasília, é Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e professor-visitante da University of Texas School of Law.

1. A se admitir como correta a afirmação de que “nunca houve sociedades sem Direito” (Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Translated by Klaus A. Ziegert, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 488), traduzida na máxima latina do *ubi societas ibi jus*, certamente também se poderá acrescentar que nunca existiu sociedade sem algum tipo de regulação da propriedade e da relação dos seres humanos com os recursos naturais. Esse “significado controlador da propriedade na ordem social”, referido por Wolfgang Friedmann, faz com que nenhuma corrente do pensamento ignore o direito de propriedade, ou o despreze: “Que a propriedade e sua distribuição ocupa uma posição central – e, para muitos, decisiva – na sociedade industrial moderna é uma noção compartilhada por filósofos políticos e do Direito da extrema direita à extrema esquerda” (*Law in a Changing Society*, 2nd edition, New York, Columbia University Press, 1972, p. 93-94).

vitalidade ética ou imunidade ao anacronismo social, consequência inestancável da natural evolução dos fenômenos humanos.

Não raras vezes, a proveniência remota de concepções que povoam o Direito exprime mera curiosidade histórica. Em tal cenário, o recurso à arqueologia das ideias no máximo revelará uma pálida, deformada e obsoleta sombra da identidade atual, por isso mesmo incapaz de explicar a textura e a feição cotidianamente evidenciadas. Ocorre ainda de a destreza ao trazer à memória aquilo que um dia tais concepções foram simplesmente servir para confirmar a extensão e profundidade de sua mutação. Sinal patente de que os fluidos e ventos éticos, sociais e econômicos que lhes viabilizaram o ponto de partida não lhes mais bastam para impedir, em dramática contraposição às suas origens longínquas, o que vieram a ser.

A metamorfose, em algumas ocasiões, opera por força da progressiva alteração do uso tanto comum como técnico da língua (veja-se, a título de exemplo, o que aconteceu com o significado das expressões “sociedade civil”, a princípio uma noção indiferenciável da de Estado, e “poluição”, por séculos restrita a uma acepção religiosa, de contaminação da fé, do espírito e dos templos). Além disso, sucede de a transmutação, nem sempre harmoniosa e sem traumas, refletir-se (ou mesmo começar) no plano jurídico (legal, quando não constitucional) – é o caso do direito de propriedade.

No Brasil, na linha do que ocorreu em outros países, o direito de propriedade, pelo menos desde a Constituição de 1934, muito se mudou – com relevo para a *publicização* de suas finalidades, estrutura, conteúdo e expressão² –, marcha que se repercutiu na doutri-

2. Pontes de Miranda já advertia que “a propriedade tem passado, desde o terceiro decênio do século, por transformação profunda, à qual ainda não se habituaram os

na, na legislação e, infelizmente com menor incidência, na jurisprudência nacional. Uma pena, pois seria exatamente dos Tribunais, porque parte do seu ofício, que se esperaria maior sensibilidade e sintonia com a caminhada dos fatos sociais e dos valores éticos que informam uma dada sociedade. Aí está, sem dúvida, evidente revelação do apego judicial ao individualismo do *laissez-faire* (sua desmedida força retórica, mesmo que *contra legem*), exatamente o aspecto que o legislador pretendeu afastar e cuja sobrevivência caracteriza uma patologia técnico-hermenêutica bem identificada por Victor Nunes Leal, ao fazer referência à “manifestação cíclica da *tendência privativista* a que nossa formação romanista parece predispor o jurista brasileiro”³.

Apoiado na leitura do Código Florestal de 1965 (Lei n. 4.771/65) e de dois de seus mais poderosos instrumentos – as Áreas de Preservação Permanente (APPs)⁴ e a Reserva Legal⁵ –, o presente ensaio visa a empreender um ligeiro balanço do processo de transição, no Direito brasileiro, da *função social* para a *função ecológica* da

juristas, propensos à só consulta do Código Civil, em se tratando de direito de propriedade” (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, t. V, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 397).

3. Victor Nunes Leal, Titulação constitucional dos Estados para primeira alienação de terras devolutas, in *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*, v. 2, Brasília, Ministério da Justiça, 1997, p. 125, grifo no original.

4. Nos termos do art. 2º do Código Florestal de 1965, consideram-se *Área de Preservação Permanente (APP)*, entre outras hipóteses, as margens dos rios e lagos (em extensão variável, conforme a largura do curso ou reservatório de água), as encostas com inclinação superior a 45 graus, o topo de serras e montanhas, as regiões localizadas a uma altitude superior a 1.800 metros. Nas APPs, a vegetação nativa deve ser mantida intocável, proibido, como regra, qualquer tipo de uso que implique desmatamento, exceto para obras e atividades de utilidade pública ou interesse social.

5. Segundo o Código Florestal de 1965 (art. 16), a Reserva Legal é uma porcentagem do imóvel que não pode ser desmatada a *corte raso*, admitida, contudo, a *exploração sustentável* da vegetação (corte seletivo, p. ex.). Na Amazônia, é de 80% da propriedade; nas outras regiões do País, exigem-se, no mínimo, 20%.

propriedade, sobretudo na perspectiva da proteção da nossa rica, pouco conhecida e ameaçada flora, aproveitando ideias e elementos já expressos em escritos anteriores, tanto em textos doutrinários⁶, como em julgamentos no Superior Tribunal de Justiça.

Mais do que a flora, na sua globalidade, é a fitofisionomia florestal, mormente a tropical e subtropical, que está na ordem do dia nos grandes debates políticos e jurídicos sobre a conservação da biodiversidade, travados nas esferas internacional, nacional e local. Importa lembrar que a questão, pelo menos no Brasil, não se esgota na proteção das florestas, pois a própria legislação se encarrega de deixar claro que se deve igualmente garantir as “demais formas de vegetação”⁷ nativa, que vão das formações arbustivas do Cerrado às gramíneas dos Campos⁸.

Entretanto, apesar da importância de assegurar a sobrevivência de todas as formações florísticas existentes na Terra, as florestas tropicais quase monopolizam a atenção da opinião pública mundial, embora tal ainda não se tenha refletido, concretamente, na instituição de um arcabouço jurídico internacional efetivo, pouco se conseguindo, até agora, além de um frouxo e ineficaz regime de *princípios não vinculantes*⁹ e do *Capítulo 11 da Agenda 21*, ambos adotados na Rio-92.

6. Cf. Função ambiental, in Antonio Herman Benjamin, *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 9-82; Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente, in *Revista de Direito Ambiental*, n. 4, out.-dez. de 1996, pp. 41-60.

7. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), art. 1º, *caput*.

8. Cite-se, a título de exemplo, os *campos de altitude* (ou serranos), na Serra da Mantiqueira e planalto das Guianas; os *campos da Hileia*, nas planícies inundáveis da Amazônia, como na Ilha de Marajó; os *campos meridionais*, que vão da *campanha gaúcha* nos pampas do Rio Grande do Sul aos *campos de vacaria* no Mato Grosso do Sul.

9. No título em inglês, “Non-Legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus on the Management, Conservation and Sustainable Development of All Types of Forests”.

Compreensível, em certa medida, que assim seja, pois incontestável que as florestas tropicais (e subtropicais) tocam todas as dimensões da vida natural do Planeta, interpenetrando-se com a existência social, econômica e cultural dos povos que nelas vivem ou delas diretamente dependem. Por apresentarem funções multifacetárias, evocá-las desperta sentimentos os mais diversos, racionais e irracionais, efeito dos interesses que estimulam: de processos e serviços ecológicos essenciais locais, regionais e globais ao apelo espiritual de seus insondáveis mistérios, sem falar da atração, quando não indisfarçável cobiça, que suas incalculáveis riquezas – madeira, alimentos, minerais, potencial energético, substâncias e compostos medicinais milagrosos – exercem em empresas e aventureiros de toda ordem¹⁰.

Para o Direito, contudo, florestas são muito mais do que complexos e inexplorados aglomerados de vida e processos biológicos. Aos olhos do legislador, desde sempre, nelas se enxergou uma projeção “verde” do direito de propriedade, tanto para mantê-las em pé, como para pô-las abaixo, legitimado o corte raso; tanto para identificar valor na sua manutenção e exploração sustentável, como para associá-las a impedimento selvagem ao progresso da civilização, obstáculo a ser removido do destino inexorável dos povos no itinerário do crescimento econômico emancipador. Esse caldeirão de ideias – em que direito de propriedade e meio ambiente, “institutos interligados, como faces de uma mesma moeda”¹¹ se destacam – é o ponto de partida para as indagações teóricas e considerações práticas do presente estudo.

10. Nessa perspectiva, cf. Marie-Claude Smouts, *Forêts Tropicales, Jungle Internationale: Les Revers de l'Écopolitique Mondiale*, Paris, Presses de Sciences Po, 2001, p. 28.

11. Antonio Herman Benjamin, *Reflexões sobre a hipertrofia...* cit., p. 44.

1. *A sombra do passado*

Volta e meia reacende-se o velho, falso e superado discurso do *direito de propriedade absoluto*. Nem sempre de modo aberto e inequívoco, a proposição, no debate ambiental, reveste-se de enganosa roupagem de equidade ao sustentar que, se a proteção do meio ambiente se dá em favor de todos (= interesse público), injusto atribuí-la a uns poucos, e fazer incidir os encargos dela derivados apenas sobre os proprietários e possuidores de terras e matas. Agiria mais sabiamente o legislador se requisitasse, no universo dos beneficiários (= a sociedade e as gerações futuras), por meio do erário, pagamento aos donos dos imóveis afetados pelas amarras que impedem a sua ampla e plena explorabilidade econômica (essa, aliás, a linha de argumentação adotada pela voz mais extremada entre os advogados da reforma do Código Florestal de 1965).

A toda evidência, esse apostolado saudosista não se sustenta, nem hoje, nem ontem, mas não deixa de indicar as marchas e contramarchas de um debate que, por falta de oxigênio ético e constitucional, já deveria estar enterrado e esquecido. De início, como melhor veremos em seguida, diga-se que, tanto mais a partir da Revolução Francesa, o domínio nunca se apresentou como *direito absoluto*, na acepção de que ao dono do imóvel, e só a ele, cabia livremente deliberar sobre como utilizar aquilo que lhe pertencia, nada mais – exceto seu egoístico proveito – importando considerar, a não ser, minimamente, os legítimos interesses dos vizinhos.

Em rigor técnico, a qualificação de *absoluto* que à propriedade se arrogava referia-se muito mais à sua oponibilidade a todos (*erga omnes*, como ocorre também com a liberdade e outros direitos da personalidade), em contraste com os *direitos relativos*, exigíveis apenas

de um ou alguns sujeitos particulares¹². Por tal ótica, isto é, da opo-
nibilidade *erga omnes*,

também o direito ao meio ambiente ecologicamente equi-
librado é absoluto, na medida do rol universal dos sujeitos passi-
vos obrigados a garanti-lo – todas as pessoas, físicas e jurídicas,
privadas ou públicas, presentes ou futuras.

12. É tradicional a classificação dos direitos subjetivos (e das obrigações), do ponto de vista de sua eficácia ou campo de aplicação subjetivo, em *direitos absolutos* (os direitos reais e os direitos da personalidade) e *direitos relativos* (os direitos de crédito). Naqueles, observa-se um dever geral de respeito e não perturbação do exercício, no sentido de uma *obrigação passiva universal*, um comportamento na forma de abstenção, que é exigível de todas as pessoas, o que leva o legislador (mais no campo dos direitos reais do que no dos direitos da personalidade), em resposta a uma tal extensão, a estatuí-los em *numerus clausus* e sobre eles fazer incidir o princípio da tipicidade (ou da taxatividade do conteúdo). Nos direitos relativos, de maneira diversa, acham-se no polo passivo da relação jurídica somente pessoas determinadas ou determináveis, especial e simetricamente obrigadas, reducionismo subjetivo esse que justifica, então, sua natureza de *numerus apertus* e a aplicabilidade do princípio da atipicidade ou da liberdade negocial. Tudo a demonstrar que o direito absoluto pode ser infringido por qualquer terceiro, enquanto só o sujeito obrigado a cumprir a prestação é capaz de violar o direito relativo, porquanto vinculante *inter partes*. Cf.: Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, 11ª edición, Madrid, Tecnos, 2003, p. 419; Mário Júlio de Almeida Costa, *Noções de Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 395-397. Não são menores as consequências jurídicas que dessa dicotomia decorrem. Por exemplo, no terreno dos direitos reais, em oposição aos direitos de crédito, manifestam-se plenamente o *direito de preferência* e o *direito de sequela* (João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 8ª edição, Coimbra, Almedina, 1994, p. 174). A classificação, entretanto, sofre crítica, que não é de hoje: para Clóvis Bevilacqua, p. ex., não se vislumbra, nesses termos, “séria distinção a fazer”, pois tanto os direitos obrigacionais quanto os direitos reais “devem ser acatados por todos, uns e outros podem ser, com força igual, afirmados e opostos por aqueles em favor de quem são constituídos e contra quem quer que os conteste ou perturbe” (*Direito das Obrigações*, edição histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977, p. 23). Parte da doutrina chega mesmo a falar, no que tange aos sujeitos passivos da relação jurídica, em *eficácia externa* das obrigações *vis-à-vis* a terceiros, o que enfraqueceria um dos fundamentos para a separação das duas classes de direitos. Mesmo autores que não impugnem, no essencial, a dupla categorização alertam para “confusões terminológicas” que dela possam advir, a partir das quais “são tiradas conclusões atinentes a regimes aplicáveis, sem que as premissas de partida o comportem” (António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, t. I, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, p. 307).

De toda sorte, mesmo num significado mais amplo (e atécni-
co), a verdade é que em qualquer época que o investiguemos, se-
gundo aponta Henri Hayem – aluno aplicado de Léon Duguit e ele
próprio um precursor da visão social das instituições jurídicas –, o
direito de propriedade “jamais foi livre de todas as amarras”, admi-
tida a intervenção dos representantes da sociedade para estabelecer
os “entraves necessários”, registrando-se um único momento em
que esses obstáculos foram suspensos, isto é, “durante o período
feudal, já que então o poder central perdera sua força”¹³, e aos prín-
cipes, nobres e clero (proprietários de terras) cabia a regulação de
suas possessões e do que nelas se achasse – gente, terra e animais.

Além disso, se é o legislador que confere e assegura o direito
de propriedade, – afinal, não se trata de concessão divina ou entida-
de que antecede ao Estado, como no passado se defendeu¹⁴ –, com-
pete-lhe, por óbvio, associar ao desenho do instituto não só um
conjunto de direitos e faculdades, como igualmente um leque, cada
vez mais extenso, de pressupostos, ônus e responsabilidades. Imensas
e de toda ordem e origem, inclusive judicial, são as resistências e o
antagonismo que a essa premissa se opõem. É que, no seu irrefreável
egoísmo e individualismo, o dono-degradador exige usufruir todos
os privilégios associados ao domínio, sem antes, ou nunca, cumprir
qualquer das obrigações que compõem, intrinsecamente, o feixe

13. Henri Hayem, *Essai sur le Droit de Propriété et ses Limites*, Paris, Arthur Rousseau, éditeur, 1910, p. IV.

14. Não custa lembrar que, em resposta aos abusos do feudalismo e do absolutismo real, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, depois de proclamar que “o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem” e que “esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (art. II), elevou a propriedade à posição de “direito inviolável e sagrado” (art. XVII).

jurídico da propriedade, no que vilipendia a natureza e o conteúdo constitucional de um direito que pretende sagrado.

Nessa linha de entendimento e acompanhado da mais abalizada doutrina brasileira e estrangeira, ensina Sérgio de Andréa Ferreira que a propriedade, por estar protegida na Constituição, não pode ser transformada em *tabula rasa*, mas seu “conteúdo não é único, cabendo à lei, dentro do que a Constituição Federal dispõe, definir tal conteúdo, regular seu exercício, estabelecendo os respectivos limites”, pois a situação do titular de um direito, posta nesses termos, “é estatutária, regulamentar, e, assim, modificável por lei que substitua a anterior. Não há, pois, imutabilidade em questão de poderes, de faculdades”¹⁵. Não é diferente o pensamento de Pontes de Miranda, quando afirma que “o conteúdo e os limites do direito de propriedade são definidos nas leis, de modo que só se garante”, na Constituição, “a instituição da propriedade: são suscetíveis de mudança, em virtude da legislação, o conteúdo e os limites mesmos da propriedade e do direito de propriedade”; vale dizer, “as leis regulam o exercício e definem o conteúdo e os limites”¹⁶ de tal direito.

Realmente, o pretense direito de propriedade absoluto, mesmo no auge do *laissez-faire*, no século XIX, nunca passou de mito, verdadeiro folclore ou cânone de falsos guardiães do templo, aqui e nos países que mais diretamente influenciaram nossa legislação, doutrina e jurisprudência. Indo mais atrás na evolução do Direito, tampouco se pode afirmar que entre os antigos, nomeadamente os romanos, a propriedade era ilimitada; quis-se e disse-se que assim seria na sistemática inaugurada pelo Código Civil francês de

15. Sérgio de Andréa Ferreira, *O Direito de Propriedade e as Limitações e Ingerências Administrativas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pp. 5 e 7-8, grifos no original.

16. Pontes de Miranda, *Op. Cit.*, p. 397, grifos no original.

1804¹⁷, mas logo poderosas vozes doutrinárias e o próprio legislador levantaram-se contra tal idolatria ao absolutismo-proprietarista, com maior estridência e vigor no decorrer do século XX.

No Direito Romano, compreensivelmente em menor grau que no presente, à medida que as necessidades sociais não exigiam tão numerosas e díspares intervenções estatais, o *ius abutendi* (inclusive o direito de danificar ou destruir a coisa, isto é, a disposição material) era frequentemente confinado pela máxima *salus populi est suprema lex*, lembrada por Cícero, o que evidencia que essas e outras limitações representavam, naquela época, o “elemento natural duma instituição em cujo dinamismo se tem de conciliar, necessariamente, o interesse individual com o social”¹⁸.

Afora a dessacralização constitucional do absolutismo do direito de propriedade, a diferença maior, entre os regimes de hoje e aqueles da antiguidade até o final do século XIX, reside na constatação de que os mecanismos de compressão da atividade privada já não se perfazem em nome e proveito do rei, dos senhores feudais, dos fidalgos, do clero e dos vizinhos lindeiros, mas visam a resguardar a coletividade, o interesse de todos e, no caso do ambiente, o das presentes e futuras gerações. Nessa quadra, a atual concepção das limitações, em especial as administrativas, afasta-se formal e materialmente dos modelos anteriores, seja na perspectiva da sua “finalidade” (que se inspira no bem-estar geral da comunidade, inclusive das pessoas que estão por vir, e não de “grupos dinásticos ou de casta”), seja no “método de imposição”, uma vez que se deve fundar,

17. Notadamente o art. 544: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

18. Luíz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. XI, Coimbra, Coimbra Editora, 1936, pp. 210 e 211.

necessariamente, na Constituição e na lei¹⁹, seja ainda no sustentáculo teórico-dogmático que retira da função social da propriedade.

2. Limitações (em geral) ao direito de propriedade

Incontáveis mostram-se essas limitações, uma obra permanente de atualizar e reescrever o direito de propriedade, que, ao contrário do que ainda pensam alguns, nada tem de novo nos sistemas jurídicos. Seria impossível arrolar todas, ou mesmo as principais, formas de compressão da propriedade privada baseadas no interesse coletivo. E se alguém alcançasse a façanha, a incompletude seria o destino do rol a partir do momento da divulgação, vítima do aumento contínuo e inestancável das limitações, “mercê da incessante e multiforme intervenção do Estado nas atividades econômicas particulares, por efeito das crises dos nossos tempos”²⁰.

As limitações, mormente as de interesse público, “estão por toda parte”, constatava Henri Hayem, o que lhe permitia concluir, categoricamente, ainda no início do século XX e muito antes da consagração do *Welfare State*, que “atualmente existe um direito de propriedade cercado por restrições inumeráveis”, nele se verificando, pois, um “direito *essencialmente relativo*”²¹. Por igual e escrevendo ainda sob o império da concepção da propriedade como um direito natural, Joseph Charmont observava que “a lei, a administração, os tribunais têm estabelecido numerosas restrições ao direito de propriedade”, várias delas “inerentes ao direito em si mesmo, como

19. Gustavo Vignocchi, *Saggio di una Teoria delle Limitazioni Amministrative nel Quadro del Diritto Pubblico*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1953, p. 71.

20. Luíz da Cunha Gonçalves, Op. Cit., p. 218.

21. Henri Hayem, Op. Cit., pp. 394-395 e 402, grifo no original.

consequência de que o proprietário não está só no mundo”; acrescentava – e não poderia ser mais moderna sua observação – que “o direito não é limitado simplesmente pela existência de um outro direito de mesma natureza, pois pode ser prejudicial ao bem geral, ao interesse comum”, demanda coletiva essa que se reveste de “uma preocupação de segurança, de higiene, de salubridade pública, de defesa nacional, um motivo de ordem pública ou fiscal, a conservação e o desenvolvimento da riqueza pública”²². Seguindo trilha semelhante, Carlos Alberto Dabus Maluf indica que “expressas em leis especiais, em regulamentos administrativos, e no próprio Código Civil, há inúmeras limitações que se impõem coativamente aos proprietários”²³; já Cristiane Derani lembra que “propriedade individualista e limitação legal do domínio surgem juntas”²⁴.

Como gênero, as limitações aparecem em tipologias e contextos variados, o que, pelo menos em tese, incitaria a elaboração de um esquema válido em todos os domínios da Teoria Geral do Direito, consequência de uma imaginada *unidade abstrata* da matéria, agrupada em um único *genus*, no qual se encontrariam traços comuns na diversidade de seus atributos e manifestações. Essa empreitada, contudo, mostra-se difícil na prática, diante da multiplicidade estrutural e formal (fundamentos, objetivos e regimes), que corresponde às conhecidas divergências de fundo que separam o regime jurídico público do privado.

22. Joseph Charmont, *Les Transformations du Droit Civil*, Paris, Librairie Armand Colin, 1912, p. 202.

23. Carlos Alberto Dabus Maluf, *Limitações ao Direito de Propriedade*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 152.

24. Cristiane Derani, A propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da Função Social, in *Revista de Direito Ambiental*, v. 27, jul./set. 2002, p. 62.

A feição multifacetária caracteriza as limitações, que recaem, indistintamente, sobre todas as prerrogativas associadas à propriedade, da *exclusividade* dos benefícios à *transmissibilidade* dos direitos, duas de suas mais acentuadas facetas²⁵. Suas fontes não precisam ser esmiuçadas aqui, bastando tratar, como adiante se fará, do seu fundamento primordial, ou seja, a função social da propriedade, e afirmar que, encontrando na Constituição e na legislação infraconstitucional sua base sólida e origem remota, fecha-se à Administração a possibilidade de instituí-las de maneira indiscriminada e *ad libitum*. Manifestam-se em duas grandes famílias, ora como *limitações de interesse público* (também chamadas de interesse comum, ordem geral ou utilidade pública, modalidade em que se encaixam as limitações administrativas, adiante mais bem esquadrihadas), destinadas “a impedir que o interesse, o arbítrio ou o egoísmo do proprietário prevaleça em absoluto sobre o interesse da coletividade”, ora como *limitações de interesse privado*, “que visam a conciliar os interesses do proprietário com os de outros particulares”²⁶, nelas incluídos os chamados direitos de vizinhança (= limitações de vizinhança²⁷, no contexto do tradicional princípio do *neminem laedere*) e as restrições convencionais (a rigor, autolimitações), como as urbanístico-ambientais em loteamentos e a servidão ambiental, esta última expressamente reconhecida pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente²⁸.

25. Gérard Farjat, *Pour un Droit Économique*, Paris, PUF, 2004, p. 50.

26. Luiz da Cunha Gonçalves, *Op. Cit.*, p. 215.

27. Nessa temática, cf. o magistral San Tiago Dantas, *O Conflito de Vizinhança e sua Composição*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1972.

28. Lei n. 6.938/1981, art. 9º, inciso XIII.

3. Funcionalização da propriedade da flora: a evolução do social ao ecológico no paradigma da solidariedade intergeracional

Ninguém de boa-fé disputa que, sob o amparo da *função social da propriedade* (CF, art. 5º, XXIII), é lícito ao legislador, a qualquer tempo, disciplinar, organizar, limitar, adequar e condicionar a exploração, econômica ou não, dos bens e atividades privados, sobretudo para ajustá-los a necessidades coletivas recém-despontadas. Para Karl Renner, pioneiro no tratamento da matéria, “é a sua importância para toda a vida da raça humana que determina a função social de uma instituição jurídica”, ou seja, “onde a sociedade como um todo está, em princípio, preocupada com um objeto, não mais pode ele ser tratado como uma matéria que é meramente privada”²⁹. Nesse sentido, lúcidas as palavras de Carlos Ayres Britto ao realçar que “a ideia jurídica de função é sempre a de uma atividade cujos efeitos benéficos se projetam para *além do universo dos interesses secundários do seu exercente*”³⁰.

Não se deve esquecer, como adverte José Afonso da Silva, que a função social da propriedade “não interfere apenas com o *exercício* do direito de propriedade. Condiciona-a como um todo. Delimita seu *conteúdo*”³¹. Ou, como prefere Roger Raupp Rios, “engendra

29. Karl Renner, *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, tradução de Agnes Schwarzschild, New Brunswick/London, Transaction Publishers, 2010, pp. 273 e 297.

30. Carlos Ayres Britto, *Direito de Propriedade: o Novo e Sempre Velho Perfil Constitucional da Propriedade*, in *Revista de Direito Público*, v. 91, jul./set. 2008, p. 49, grifei.

31. José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 520, grifei.

verdadeira conformação do próprio conteúdo do direito de propriedade”³². Igual opinião expressa Cristiane Derani, para quem “a palavra *função*, dentro do princípio jurídico da *função social da propriedade*, deve ser compreendida como *conteúdo*”, o que faz “equiparar-se o princípio da função social da propriedade a um ônus do proprietário, consistente em um conjunto de deveres e responsabilidades que permeia toda a relação de propriedade, e não apenas limita seu exercício”³³.

A *funcionalização* e a *socialização* do direito de propriedade, por conseguinte, embora se exteriorizem de variiegadas formas, aninham-se na própria estrutura interna do instituto, conformando seu conteúdo; daí se aludir, a partir dessa perspectiva, a *direito-função* e à *propriedade-função*, na doutrina de Léon Duguit. Logo, a abrangência e a força transformativa da função social nas relações dominiais vão muito além das *limitações administrativas*, transmudando o clássico e excepcional *poder limitativo* do legislador/administrador, incidente, nos termos da tradição, sobre *o exercício* do direito, em um verdadeiro *poder conformativo*. Ou seja, temporal e materialmente falando, manifesta-se como um *a priori*, o que basta para lhe outorgar papel marcadamente inovador sobre a noção e o perfil da propriedade *per se*. Na função social, acha-se mais que um simples critério formal de legitimação da intervenção legislativa e administrativa no domínio, pois cabe-lhe a posição de ferramenta hermenêutica, que viabiliza, mas também demanda, uma profunda releitura de todo o arcabouço legal em vigor³⁴.

32. Roger Raupp Rios, A propriedade e sua Função Social na Constituição da República de 1988, in *Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul – Ajuris*, v. 64, 1995, p. 307.

33. Cristiane Derani, art. cit., p. 60, grifos no original.

34. Neste tema, cf. o excelente Stefano Rodotà, *Il Terribile Diritto: Studi sulla Proprietà Privata*, Bologna, Il Mulino, 1990, sobretudo pp. 222-223, 268 e 330.

Desde a primeira metade do século XX, especialmente a partir dos anos 1930, a corrente “social” do Direito influenciou, de maneira crescente, a legislação brasileira, culminando com a Constituição de 1988, que a padronizou e cimentou como *sistema constitucional completo*, com começo, meio e fim. Essa perspectiva social do fenômeno jurídico – cujos propulsores iniciais foram os autores de língua alemã, notadamente Rudolf von Jhering, Karl Renner, Otto von Gierke e Eugen Ehrlich, mas teve nos franceses Léon Duguit, Henri Hayem, Raymond Saleilles, François Géný, Louis Josserand e Georges Gurvitch seus verdadeiros difusores globais³⁵ – alicerça o Direito Ambiental, que, na disciplina peculiar que encarna, preocupou-se ademais em *ecologizar* o social.

A legislação ambiental, inspirada e autenticada assim pela *função ecológica da propriedade* (derivação técnico-científica e ampliação ética da função social³⁶), refreia o costume ou pretensão do máximo e ilimitado aproveitamento do solo, prática herdada do *laissez-faire* e legitimada, mais de fato que de direito, pela passividade histórica, quando não convivência *contra legem*, das autoridades públicas, aí se incluindo o Judiciário. No microsistema jurídico-ambiental, preocupou-se, pois, o legislador em dar um basta naquilo que Helita Barreira Custódio descreveu como “delinquência generalizada sob

35. Cf., no ponto, Duncan Kennedy, *Two globalizations of law & legal thought: 1850-1968*, in *Suffolk University Law Review*, v. 36, 2003, pp. 648-649.

36. Embora se aproximem, não se deve confundir “função ambiental” com “função ecológica da propriedade” (ou, na terminologia ainda preferida por alguns, eu mesmo no passado, “função socioambiental da propriedade”). *Função*, naquele primeiro caso, significa “a atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder” (cf. Antônio Herman Benjamin, *Função ambiental ... cit.*, pp. 28 e 48).

alegações de direito absoluto, exclusivo ou especulatório da propriedade”³⁷. Tanto a função social quanto a ecológica da propriedade traduzem, por assim dizer, o preço – normativo, político e econômico – que ao titular do direito deve corresponder como contraprestação pelo reconhecimento e proteção acordados pelo ordenamento jurídico.

Os benefícios advindos da tutela ambiental são, realmente, de todos e para todos, favorecendo, inclusive e amiúde, direta ou indiretamente, os que se dizem vítimas da intervenção do legislador e administrador. De fato, nem mesmo o proprietário ou possuidor rural mais relapso, retrógrado ou insensível negará ser imperioso buscar compatibilizar a legítima atividade econômica (agropecuária, florestal, imobiliária, minerária, turística, etc.) com a conservação dos recursos naturais, particularmente em época de mudanças climáticas, de desaparecimento veloz e abrangente de espécies da flora e da fauna, de erosão e degradação do solo, de desastres naturais que matam e destroem particularmente nas cidades, e de esgotamento quantitativo ou qualitativo dos recursos hídricos.

Sob esse enfoque, no ordenamento jurídico brasileiro pós-1988, o *ius utendi*, o *ius fruendi*, o *ius abutendi*, o *ius aedificandi* e a desinente prerrogativa de desmatamento da vegetação nativa dividem o núcleo duro ou imanente do direito de propriedade com outros valores e interesses de índole coletiva e solidarista, constitucional ou legalmente salvaguardados. Aqueles, extirpados de sua essência (ou aparência) de intocabilidade, compõem agora uma zona de *potencialidades-reserva do direito de propriedade*, expectativas deste derivadas, é

37. Helita Barreira Custódio, Limitações à Propriedade Revestida de Vegetação, in *Revista de Direito Civil*, ano 7, jul./set. 1983, p. 107.

certo, mas que, para virarem elas próprias *direitos plenos*, dependem de manifestação, expressa e complementar, do legislador ou do administrador, tanto na maneira e tempo do seu exercício, como nos cuidados ordenados e condicionantes reclamados.

Nos regimes jurídicos contemporâneos, os imóveis – rurais ou urbanos – transportam *finalidades múltiplas* (privadas e públicas, inclusive ecológicas), o que faz com que sua utilidade econômica não se esgote em *um único uso*, no *melhor uso* e, muito menos, no *mais lucrativo uso*. A ordem constitucional-legal brasileira não garante ao *dominus soli* e ao empresário o *máximo retorno financeiro possível* dos bens privados e das atividades exercidas. Se assim fosse, não seria cabível, no campo urbanístico, preceituar recuo dos prédios, vedar aproveitamento e utilização, limitar a altura acima de um dado garbato, prescrever a limpeza e conservação da fachada das casas, determinar a disposição adequada das águas paradas, impor a observância de certas características ou padrões arquitetônicos nos edifícios, exigir a construção de escada de incêndio.

A *multifuncionalidade da propriedade* dialoga com a *multifuncionalidade da flora*, sobretudo das florestas tropicais, nelas se reconhecendo, entre outras tantas, *função de proteção da biodiversidade* (depositária da história de processos ecológicos resultantes de centenas de milhões de anos de evolução), *função econômico-produtiva* (atividades agroflorestais, extrativismo, ecoturismo, caça e pesca, etc.) e *função cultural-espiritual* (morada dos povos tradicionais e referência física de suas crenças e tradições)³⁸.

Tudo isso significa, como indicado por Henri Heyem, que, no Direito como um todo, mas no Direito Ambiental em particular,

38. Cf. Marie-Claude Smouts, op. cit., p. 41.

existe “uma *propriedade social*, que incide sobre a *propriedade privada* como o *domínio eminente* pesa sobre o *domínio útil*”, ou seja, “um patrimônio social colocado à disposição de cada um e de todos, e acumulado pelas gerações anteriores, para o bem maior das gerações futuras”³⁹. É o mesmo que dizer, com outras palavras, que a propriedade apresenta um “caráter dúplice, servindo ao individualismo e às necessidades sociais”, tanto que “seu conteúdo já vem parcialmente delimitado pela própria Constituição, quando impõe a necessidade de que haja atendimento de sua função social”⁴⁰. Significa, ademais, que no regime constitucional brasileiro vigente, a tutela do meio ambiente, quando confrontada com o direito de propriedade, a este, no plano lógico, *antecede* (inexiste direito de propriedade pleno sem salvaguarda ambiental) e, na perspectiva histórica, *lhe é contemporâneo* (ambos os direitos são reconhecidos num mesmo momento legislativo e texto normativo). Repita-se, logicamente antecedente porque sem resguardo ao meio ambiente, já insinuamos, a ordem implantada pela Constituição Federal de 1988 não reconhece – ou não reconhece na sua plenitude – o direito de propriedade⁴¹.

Especificamente a respeito da flora, o próprio Código Florestal de 1965 se encarregou de dizer que “As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, *reconhecidas de utilidade às terras que revestem*, são bens de *interesse comum a todos os habitantes do País*, exercendo-se os direitos de propriedade, com as *limitações* que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem”

39. Henri Hayem, op. cit., pp. 402 e 423, grifos no original.

40. André Ramos Tavares, *Direito constitucional econômico*, 3ª edição, São Paulo, Gen, 2011, p. 151.

41. Antonio Herman Benjamin, *Reflexões sobre a hipertrofia ...* cit., p. 45, grifos no original.

(art. 1º, *caput*, grifei). Aí está um dos exemplos mais expressivos de densificação, no ordenamento brasileiro, da função ecológica da propriedade e do princípio da solidariedade intra e intergeracional. Nessa e noutras situações, cada vez mais comuns no Estado Social, a propriedade privada converte-se “em uma utilidade pública, embora não tenha se convertido em propriedade pública”⁴². No campo da proteção da flora e dos elementos que compõem o meio ambiente, bem como em outros domínios do interesse coletivo, invoca-se tal juízo, atualmente abraçado pela Constituição e pela legislação, precisamente para objetar e repelir a ótica da máxima exploração e do irrestrito benefício econômico da propriedade, segundo a qual limite só o do céu, da engenharia, da lei da gravidade e da soberana vontade do *dominus soli*.

Entre nós, portanto, as florestas e outras formas de vegetação nativa, pelo menos desde a Constituição de 1934 e do nosso primeiro Código Florestal (do mesmo ano), já não são *vazios de normatividade ambiental*, nem *vazios antiprodutivos*, a ensejar e convidar, na primeira hipótese, desmatamento integral, e, na segunda, reforma agrária. A um, ninguém refuta, a disciplina legal da flora tanto é vasta, como completa; a dois, conservar florestas já não é sinônimo de impedimento absoluto à produção, muito menos à geração de emprego e riqueza; a três, o Direito abandonou nefasto preconceito antiecológico, legal e jurisprudencial, sedimentado na crença de que a simples manutenção de florestas no imóvel bastava para rendê-lo improdutivo e, a partir daí, lançá-lo candidato à desapropriação-sanção, ou, em sentido inverso, legitimar o proprietário a buscar indenização, como vítima de incursão estatal indevida na utilidade econômica do que é seu.

42. Karl Renner, *op. cit.*, p. 119.

A propósito, no estado atual da consciência ambiental e do inequívoco posicionamento da Constituição de 1988 no sentido de preservar e restaurar os “processos ecológicos essenciais”, “prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas” (art. 225, § 1º, I) e proteger a fauna e a flora, vedadas “as práticas que coloquem em risco sua função ecológica” ou “provoquem a extinção de espécies” (art. 225, § 1º, VII), seria um atentado aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da solidariedade pretender o proprietário ou posseiro dispor de um direito absoluto, intocável – infinito mesmo –, de uso integral ou mais lucrativo dos atributos e potencialidades econômicas dos seus bens, mesmo que para tanto exponha a risco de desaparecimento, enfraquecimento ou inviabilidade a “diversidade e a integridade do patrimônio genético do País” (art. 225, § 1º, II).

Muito ao contrário, a utilização irrestrita e predatória dos processos ecológicos essenciais incursiona pelos domínios do abuso de direito, do enriquecimento sem causa, do uso nocivo da propriedade e da violação de deveres fiduciários associados à guarda daquilo que a outrem pertence (a universalidade de bens, de titularidade coletiva e intergeracional, que compõe o meio ambiente ecologicamente equilibrado, “bem de uso comum do povo”, consoante o art. 225, *caput*, da Constituição).

4. Diálogo e influências recíprocas entre função social da propriedade e limitações administrativas

Atrás já vimos que limitações, públicas ou privadas, entrelaçam-se historicamente com o direito de propriedade. Na Reserva Legal e na APP – dois dos principais instrumentos jurídicos de

tutela da flora no Brasil —, afigura-se uma genuína *limitação ambiental* ao direito de propriedade, de índole compulsória (= inafastabilidade da exigência). Pela ótica do Direito Ambiental, cuida-se de institutos que se inserem na categoria dos “espaços territoriais especialmente protegidos em sentido amplo ou *lato sensu*”, na exata terminologia proposta por Édis Milaré⁴³.

É próxima e inseparável a vinculação entre *limitações de interesse público* e *função social da propriedade*, que se interpenetram, não obstante a doutrina publicista muito ter procurado acentuar, no passado, que esta última não deveria ser confundida ou equiparada àquelas. No máximo, as limitações (administrativas, sobretudo) corporificariam uma espécie de derivação longínqua do gênero ou universo maior, a função social.

Ao registrar essa linha de compreensão da temática, assinala Fábio Konder Comparato que “a função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios”, pois a primeira “representa um poder-dever *positivo* exercido no interesse da coletividade”⁴⁴. Por igual, para Gustavo Vignocchi, a limitação é uma “regulamentação do direito”, o que significa dizer que não constitui “um elemento integrativo do direito mesmo, já existente e formado na sua precisa estrutura”, exibindo-se mais como “uma disciplina geral e preventiva do seu exercício concreto,

43. Edis Milaré, *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*, São Paulo, RT, 2007, p. 690.

44. Fábio Konder Comparato, *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, jul./set. 1986, pp. 76 e 79, grifei. Ou, por outros termos, “função social da propriedade não se confunde com as limitações do direito de propriedade. Estas dizem respeito ao exercício do direito, ao passo que aquela diz respeito à estrutura (conteúdo) do próprio direito de propriedade” (André Ramos Tavares, op. cit., p. 161).

que não pode atuar indiscriminadamente e sem freios, sob pena de comprometer gravemente outras esferas jurídicas⁴⁵.

Tal maneira de descortinar os dois institutos explica que, historicamente, as limitações instituídas pelo legislador ou administrador traduziam um poder de interferência estatal exclusivamente negativo (= *non facere*), incapaz de requisitar comportamentos *positivos* (= *facere*) ao titular do bem. Realmente, desde o início do século XX, quando da formação teórico-legal da função social, a doutrina publicista se esforçou para indicar aos juízes que a novidade dogmática, crescentemente constitucionalizada, não deveria ser tomada por limitação administrativa, nas inúmeras modalidades referendadas tradicionalmente pelos Códigos Civis e pela legislação especial. Nela inexistiria um mero (re)arranjo teórico-linguístico periférico e cosmético, uma roupagem atualizada, do direito de propriedade e das limitações que sobre ele incidiam. Ia muito além do cânone então vigente, uma nova fórmula que a todos libertaria da textura meramente *negativa* do princípio da solidariedade, na leitura estreita, à época prevalente, do não individualismo, concretizado nas limitações.

Do contrário, a função social corria o risco de se converter em mais uma denominação, tão pomposa quanto inútil, para um instituto ancião, um jogo de palavras, o que a esvaziaria do poder de transformação que se pretendia, mormente no campo da reforma agrária, da regulação das relações de trabalho e da intervenção na autonomia da vontade em geral e no contrato em particular. Mais do que tudo, objetiva-se, com a distinção, indicar que, ao contrário das limitações administrativas, a função social admitia, e até frequentemente requiritava, a imposição de *obrigações positivas* (como a de cultivar a terra),

45. Gustavo Vignocchi, op. cit., p. 28.

em acréscimo às obrigações negativas, tradicionalmente associadas aos condicionamentos do *exercício* do direito de propriedade.

Mesmo que nos dias atuais se possa tê-lo como exagero ou preciosismo técnico-linguístico, o zelo compreensível da precursora dogmática do Direito Público – cismada com a possibilidade de o impacto da função social acabar sequestrado e diluído, até pervertido, no bojo de uma concepção arraigada e reconhecidamente insuficiente das limitações administrativas, aceitas a contragosto pelos Códigos Civis e pela doutrina civilista – não deve ser hoje lido como defesa cega à completa separação dos dois institutos, como recusa de enxergar seus vasos comunicantes recíprocos. Ao certo, cada um dos dois institutos revela enfoque distinto e em grau igualmente distinto, embora sibilino – mas sem perder a qualidade de um genuíno *continuum* –, de incidência sobre o direito de propriedade e as atividades humanas. O primeiro, na conformação; o segundo, no exercício; um, com marcante atuação interna; o outro, de incidência preponderantemente externa. Em realidade, no fundo aí estão duas técnicas jurídicas que se encontram, dogmática e pragmaticamente, na *finalidade de interesse público*, valor comum que as fundamenta e legitima. Em tal ótica, é como *prius* político-metodológico, além de ético-jurídico, que a função social (e a ecológica) dialoga com as limitações ambientais ao direito de propriedade.

Nessa ordem de raciocínio, é precisamente nos regimes constitucionais pós-modernos – o nosso incluído – que a função social da propriedade sofre preenchimento no texto mesmo da Constituição, com detalhamento e sofisticação destinados a mitigar o caráter etéreo de sua concepção primitiva e, em via de consequência, reduzir as dificuldades de compreensão e aplicação judiciais. A função ecológica da propriedade e a imposição de respeito aos “processos

ecológicos essenciais” são apenas dois desses complementos de densificação, de cuja verbalização normativa encarregou-se o próprio constituinte, conforme adiante se demonstrará (item 6).

Ora, esse suporte constitucional da função social embasa, fortalece e satisfaz o paradigma das limitações ao uso e gozo do direito de propriedade, de origem civilista, agregando às restrições negativas classicamente a elas atreladas todo um arcabouço de deveres positivos, dirigidos a conformar o domínio aos interesses da coletividade. Daí que, ao invés de *incompatibilidade* entre os dois institutos, funcionam eles – ou devem funcionar – de forma coordenada: por interação, e não antagonismo; por convergência, ao contrário de afastamento; por harmonização, em vez de compartimentalização; por diálogo, e não por indiferença.

Um casamento recente – prática e metodologicamente forçoso –, que se consolida no momento em que o Código Civil brasileiro de 2002, autodeclarado guardião das limitações privadas ou públicas ao exercício do direito de propriedade (“salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”, a velha fórmula do direito de construir, repetida no art. 1.299), incorpora, sem reservas, a função social da propriedade (“O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”, art. 1.228, § 1º).

Inevitável, então, a conclusão de que, no Estado Social (e a expressão, em que o *social* qualifica o Estado, fala por si), todos os institutos jurídicos (aí abrangida a autonomia da vontade, sob a cadência da função social do contrato⁴⁶) são iluminados e influencia-

46. Não se deve olvidar que “na sociedade industrial, o poder de contratar é um aspecto vital da propriedade” (Wolfgang Friedmann, op. cit., p. 116) e da divisão do

dos pela função social, não havendo razão para ser diferente com as limitações administrativas. Por conseguinte, é insuficiente e possivelmente até impróprio dizer, aprofundaremos a seguir, que função social não se confunde com limitação administrativa, sob o pálio do superado argumento de que uma seria *pressuposto estruturante* (ou condição de existência) e a outra *condição de exercício*. A rigor, não há forma de uma escapar da outra, situação análoga ao pensamento e à ação, ao sol e ao dia, às cordas vocais e à fala.

Nesse debate, oportuna a lembrança de Antonio José de Mattos Neto, quanto ao fato de o paradigma jurídico da função social da propriedade ser “dotado de *plasticidade formal* cujo *preenchimento do conteúdo material* varia de acordo com os critérios valorativos elencados pelo legislador”⁴⁷. É o mesmo que afirmar que a função social não se sujeita a arquétipo teórico-prático, definitivo e completo, sendo uma criação e manifestação do seu tempo, das demandas coletivas do momento e das múltiplas dimensões das fórmulas perfilhadas pelo legislador.

De todo o aludido, fica o seguinte: no regime da Constituição de 1988, limitação administrativa e função social (e ecológica) não mais convivem em mundos dogmáticos à parte, separadas uma da outra. São clientes de uma mesma fonte, a norma constitucional de desenho da propriedade e da ordem econômica, e apoiam-se em

mundo entre os que tudo têm e os que nada têm. Para Antonio Azuela, essa dissociação entre proprietários e não proprietários, entre os que controlam os bens e os que deles se utilizam, “é facilitada pela forma em que se sistematizam as diversas instituições do Direito Privado nos tratados de Direito Civil. O contrato, por exemplo, é estudado em separado da propriedade, com o que o caráter complementar que essas duas instituições têm em uma economia de mercado nunca aparece com clareza” (*La ciudad, la propiedad privada y el derecho*, Ciudad de México, El Colegio de México, 1999, p. 219).

47. Antonio José de Mattos Neto, *Função Social da Propriedade Agrária: uma Revisão Crítica*, in *Revista de Direito Civil*, v. 76, abr./jun. 1996, p. 73.

único macroargumento ético-político, vale dizer, a realização do interesse público – os objetivos maiores e supraindividuais da comunidade, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a escora do princípio da solidariedade (art. 3º, I).

Inexiste, pois, antagonismo entre função social e limitações administrativas, sendo inadmissível ou mesmo incogitável, nos dias atuais, separar o conteúdo do direito de propriedade do seu exercício. Coube à função social, isso sim, negar o *selo da excepcionalidade*, atribuído pela dogmática clássica às limitações administrativas. E ela o fez no instante em que a Constituição e as leis, de maneira ampla, quase fortuita, passam a cobrar contraprestações do titular, em favor de beneficiários coletivos (gerações presentes e futuras), ao lado daquelas comumente e, desde sempre, aceitas pelo legislador e doutrina (as limitações privadas, no universo individualista dos direitos de vizinhança e no rastro do princípio do *neminem laedere*).

Vistas por essa ótica, mesmo se persistirmos em enxergá-las – nos passos dos ensinamentos que nos chegam de muito antes da revolução ético-política, mas também jurídica, do constitucionalismo social – como meros freios ao *exercício* do direito de propriedade, as limitações administrativas inevitavelmente transportarão consigo, como marca de origem ou de legitimação, o símbolo da função social – da propriedade ou do contrato – e, naquilo que aqui diretamente interessa, da função ecológica do domínio. Até porque a função social da propriedade e do contrato não tem voz ou mão própria; precisa do Administrador ou do Juiz para a fazer valer. É a técnica da limitação administrativa que comumente cumpre esse papel de concretização e afirmação.

Aí reside a *concepção unidimensional* desses institutos, cuja fundamentação conduz ao diálogo técnico entre eles, sem que tal

implique a redução de um no outro, ou a inutilização prática, pela usurpação dogmática, de qualquer deles. Com razão, pois, Guilherme José Purvin de Figueiredo quando, de modo certo, abandona as amarras da teoria clássica e aponta que “o princípio da função social da propriedade assegura a *legitimidade das intervenções administrativas de caráter ambiental* que resultam na *limitação do exercício pleno* do direito de propriedade”⁴⁸. Em sentido assemelhado, Vignocchi defende que, como instrumento que é de realização *in concreto* da exigência de sociabilidade do Direito, será na função social que se encontrará “a verdadeira teoria” das limitações administrativas incidentes sobre a propriedade, na medida em que estas representam o “instrumento mais idôneo” para realização daquela⁴⁹.

5. APP e Reserva Legal como limitação administrativa ambiental

Em arremate do que foi exposto até agora, fica o seguinte: irrefutável que na Reserva Legal e nas APPs há uma limitação ambiental ao direito de propriedade. Mas, precisamente, qual a natureza jurídica dessa restrição?

Segundo a doutrina, praticamente à unanimidade, na Reserva Legal e nas APPs há uma *limitação administrativa*; p. ex., a opinião de Nicolao Dino, em festejada obra especializada (cuida-se de “limitação administrativa de caráter compulsório”⁵⁰). A proposição, no en-

48. Guilherme José Purvin de Figueiredo, op. cit., p. 92, grifei.

49. Gustavo Vignocchi, op. cit., p. 85.

50. Nicolao Dino, *Proteção jurídica do meio ambiente I – florestas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 215; com idêntico ponto de vista, cf., dentre outros, Ana Maria de Oliveira Nusdeo, *A Compensação de Reserva Legal através de Contrato de Arrendamento*

tanto, deve ser apreendida em duplo sentido, para entender-se por limitação administrativa: a) os controles *prescritos* (isto é, instituídos ou densificados) pelo Administrador, bem como b) aqueles que, embora minuciosamente prescritos e descritos pelo legislador, inclusive o constitucional, são *executados, implementados ou fiscalizados* por órgãos do Poder Executivo.

No terreno ambiental, exemplo daquela espécie de limitação administrativa são as APPs do art. 3º do Código Florestal de 1965 (“quando assim *declaradas* por ato do *Poder Público*”, grifei, ato declaratório esse que cabe não apenas ao Administrador singular, mas igualmente a órgãos colegiados, como o Conama – Conselho Nacional do Meio Ambiente e os Consemas – Conselhos Estaduais do Meio Ambiente), bem assim a Reserva Legal exigida em percentual superior ao mínimo legalmente reclamado (acima de 20% ou 80%, conforme a região do País); da segunda, cabe citar a Reserva Legal em seu percentual mínimo e APPs na modalidade de mata ciliar (ripária) e nas encostas com inclinação acima de 45 graus, disciplinadas no art. 2º da mesma lei.

Na primeira hipótese, “administrativa” mostra-se, simultaneamente, a *prescrição* concreta (com base em parâmetros gerais ou abertos, dispostos na Constituição ou leis) e a *execução* específica do instrumento. Nesta, diversamente, a qualificação “administrativa” faz referência tão só à *implementação, aplicação ou fiscalização* (= execução) dos limites, situação em que à Administração reserva-se a tarefa de efetivar e reclamar os padrões mínimos precisa e vinculativamente assentados pelo legislador; aqui, o Administrador, em verdade, não

e os Incentivos à Proteção Florestal, in *Revista de Direito Ambiental*, n. 48, 2007, p. 31; Guilherme José Purvin de Figueiredo, *A propriedade no direito ambiental*, 2ª ed., Rio de Janeiro, ADCOAS, 2005, p. 212.

inova, no sentido amplo da expressão, na ordem jurídica, pois seu controle administrativo circunscreve-se à cobrança do *cumprimento*, pelo particular, da pré-conformação proferida *ex lege*.

Diante dessas limitações preordenadas, de maneira “fechada”, pelo legislador, à Administração basta aplicá-las, fiscalizá-las e cobrá-las, administrativa ou judicialmente. São casos em que, para usar a precisa lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, “a limitação já vem assinalada de modo inarredável na lei”⁵¹: em síntese, uma limitação administrativa que opera somente na ponta final do processo de regulação do uso da propriedade e do controle da atividade econômica (= execução).

A distinção, e ao tema retornaremos mais à frente (item 5.3), encerra interesse dogmático e alguma utilidade prática, mas ao certo as duas modalidades de limitação administrativa, repetidas vezes, se entrelaçam e operam conjuntamente, como se fossem uma única entidade. Tome-se o caso do licenciamento ambiental de indústria, hidrelétrica ou loteamento, em que, a um só tempo, o Administrador defronta-se com indicações precisas do legislador (de novo, p. ex., respeitar florestas ripárias com certa metragem e áreas de inclinação acima de 45 graus), para as quais se reserva ao órgão a tarefa de aplicar aquilo que prevê, de maneira acabada, o texto legal, sem que com isso se afastem possibilidades outras, referendadas pelo mesmo legislador, de prescrever comportamentos não esmiuçados inteiramente na lei (p. ex., providências de mitigação dos danos, compensação ambiental, restrições de horário de funcionamento, métodos de construção, tecnologias de controle da poluição etc.).

51. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 778.

5.1 Limitação administrativa: imprecisão terminológica

Nos passos das limitações em geral ao direito de propriedade, atrás indicamos, nenhum ordenamento escapa das limitações administrativas. Essas restrições “à propriedade são atualmente tão importantes como crescentes em extensão e número, em razão direta da valorização do interesse público e do conceito social de domínio”⁵², tendência normativa que obviamente não tem a propensão de diminuir. Ao contrário, esperável a ampliação quantitativa e qualitativa de sua casuística, “uma certeza nos anos à frente – contanto que a humanidade preserve seu instinto de sobrevivência”⁵³.

Entre nós, como no direito comparado, a teoria e a prática das limitações administrativas são uma cacofonia de vozes divergentes, pecado atribuível a várias razões. Inicialmente, por se pretender abarcar, sob a égide de um instituto sem coluna vertebral firme ou única, todas as modalidades possíveis de intervenção do Estado na vida em comunidade (moral, liberdade, segurança, saúde, urbanismo, ambiente, aproveitamento adequado e racional da terra, patrimônio histórico-cultural, ordem econômico-social). Segundo, pela disparidade de uso da mesma expressão, que é polissêmica e, como tal, aplicada em sentidos diferentes, quando não opostos, ora como gênero, ora como espécie⁵⁴. Terceiro, pela incapacidade da doutrina e da jurisprudência de confrontá-la, em boa e rigorosa técnica, com outras noções tradicionais (poder de polícia, função social, ordem

52. Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, sexta edición, t. IV, Buenos Aires, La Ley, 1965, p. 371.

53. Wolfgang Friedmann, op. cit., p. 523.

54. Enxergando nas limitações um gênero, que inclui as restrições, as servidões e a desapropriação, cf. André Ramos Tavares, op. cit., p. 160.

pública, restrição, servidão, *inter alia*). Quarto, pelo desafio, ainda não resolvido pela doutrina, de conciliar as noções de limitação administrativa e função social da propriedade, empreitada mais indispensável quando se atenta para o fato de que, pelo prisma histórico, estamos diante de categorias jurídicas filiadas a modelos distintos de Estado e padrões de vida em sociedade, respectivamente o *Estado Liberal*, de caráter individualista, e o *Estado Social*, de cunho solidarista. Quinto, por ignorar-se que o *transplante terminológico e doutrinário*, em temas de profundo e minucioso regramento constitucional e legal (como é o ambiental), demanda o maior cuidado possível para evitar que, a pretexto de adaptação de um mecanismo – histórica e culturalmente compatibilizado com o marco legal de outros países e, não raro, apoiado, entre nós, em arcabouço constitucional superado –, termine-se por descaracterizar e mal interpretar o nosso próprio Direito vigente.

Os institutos jurídicos importados – o *transplante legislativo*, para usar a expressão cunhada por Alan Watson⁵⁵ –, mormente aqueles que conservam a mesma terminologia, tendem a sofrer tamanha metamorfose na sua *nova pátria normativa* que se torna difícil explicá-los com os olhos postos no país de origem. Como entender, p. ex., o mandado de segurança à luz das lições escritas sobre o *juicio de amparo* mexicano, uma das fontes em que se inspirou o legislador brasileiro? Ou, ainda, seria possível a um norte-americano instruir-se sobre sua *class action* observando a teoria e prática da nossa ação civil pública, que a tomou por modelo? Guardadas as devidas proporções, é o que sucede, presentemente, com as limitações administrativas entre nós.

55. Alan Watson, *Legal transplants: an approach to comparative law*, 2nd ed., Athens, University of Georgia Press, 1993.

Na linha do acima adiantado, importa, por derradeiro, lembrar que, se é correto que toda limitação administrativa é igualmente compressão de direitos, nem toda compressão de direitos é limitação *administrativa*, pois limitações outras apresentam-se, tanto aquelas reconhecidas tradicionalmente no direito privado (direitos de vizinhança, oponíveis *erga vicinos*, nomeadamente os mais modernos, de caráter convencional, tão comuns no terreno urbanístico-ambiental), como as de cunho judicial (as inseridas no quadro da jurisdição voluntária, p. ex.).

5.2 Definição de limitação administrativa

Limitação administrativa é a técnica jurídica de intervenção estatal, em favor do interesse público, nas atividades humanas, na propriedade e na ordem econômica, com o intuito de discipliná-las, organizá-las, circunscrevê-las, adequá-las, condicioná-las, controlá-las e fiscalizá-las. Opera por meio da imposição de obrigações de não fazer (*non facere*), de fazer (*facere*) e de suportar (*pati*), e caracteriza-se, normalmente, pela abstração da previsão primária (= aplicabilidade genérica aos que se encontrem em uma determinada situação ou posição jurídica), utilidade pública (= benefícios *uti universi*, isto é, a toda a coletividade ou a parte significativa dela), imperatividade (= cumprimento obrigatório), unilateralidade (= dispensa de anuência do regulado e de reciprocidade de deveres, diferentemente do que se dá com as limitações de vizinhança⁵⁶) e gratuidade (=

56. No entanto e cada vez com maior frequência, ocorre, em razão da evolução dos valores ético-jurídicos adotados pela comunidade, de limitações originalmente privadas (baseadas na reciprocidade de direitos e obrigações entre vizinhos) ganharem ares

inindenizabilidade da constrição, resultado da falta de acréscimo material nos bens do Estado, ou da utilidade econômica que lhe é prestada como tal, não se protegendo, em via imediata, interesse individualizado de pessoa física ou jurídica, visto que de ordem social os benefícios de sua realização⁵⁷).

Note-se que, nesta definição, dois núcleos das limitações administrativas vêm bem discriminados – a *prescrição* e a *execução* de controles das atividades humanas e direitos a elas associados, aspectos a seguir abordados. Nela ainda se realça o fato de que o mecanismo incide por igual sobre a propriedade e atividades do próprio Estado, que, no campo ambiental, são multifacetárias. Para ficar em uns poucos exemplos colhidos da jurisprudência, cite-se a construção de estradas, portos, hidrelétricas, aeroportos, conjuntos habitacionais,

e finalidade de limitações de interesse público. É o que vem sucedendo com as *limitações urbanístico-ambientais convencionais*, pelos benefícios coletivos que oferecem à habitabilidade das cidades.

Cf., nesse sentido, o REsp 302906/SP (da 2ª Turma, julgado em 26/8/2010), em que o Superior Tribunal de Justiça assentou que “As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais”, e que “Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos”.

57. Pontes de Miranda refere-se precisamente à influência e interesse da noção técnico-jurídica de limitação administrativa, instrumento próprio do Estado como gestor de interesses comuns da sociedade: “para que a indenização não seja devida, é preciso que o ato caiba no espaço aberto por *limitação* da propriedade. Daí a enorme relevância do conceito de limitação da propriedade”: onde ela incidir “indenização somente há quando a lei, que limita, o estabelece”, pp. 469 e 471 (Pontes de Miranda, op. cit., p. grifos no original).

presídios, equipamentos de saneamento e outros empreendimentos públicos, mormente os de infraestrutura.

Um elemento característico do instituto, exatamente aquele responsável pelo seu *nomen iuris*, é a identidade do sujeito qualificado e armado pelo ordenamento para vigiar e buscar o respeito aos controles instituídos – a Administração. Daí corresponder, como regra, a cada modalidade de limitação administrativa um *serviço público organizado* e normalmente especializado⁵⁸ (como a vigilância sanitária e os órgãos ambientais, para mencionar dois deles).

Coincide aqui a abalizada doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem limitação administrativa “é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”⁵⁹. Não discrepa desse entendimento Gustavo Vignocchi, que nela divisa a “compressão dos poderes de um sujeito” pelo Estado, “mais ou menos penetrante” e originada “de norma primária ou às vezes também secundária”, realizada por meio de “sistema de condicionamento suspensivo (proibido, salvo autorização ou cumprimento de outra formalidade) ou resolutivo (admitido no geral, salvo

58. Gustavo Vignocchi, op. cit., pp. 40-41; note-se, no entanto, que no Direito atual, ao contrário do passado, a Administração divide tais prerrogativas, pelo menos no plano processual, com outros sujeitos públicos e privados – ditos intermediários – como o Ministério Público e as ONGs, aos quais se conferem título e *legitimatío ad causam* para implementá-las judicialmente. Em outro ensaio, já tive a oportunidade de acentuar que “a chamada função ambiental depassa a órbita do Estado e chama o cidadão, individual ou coletivamente, para exercer algumas de suas missões. Tal se dá em decorrência da qualidade comunal do bem ambiental e, especificamente no caso brasileiro, como decorrência também do mandamento constitucional” (*Função ambiental*, cit., p. 82).

59. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 18ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 537.

proibição)”, exercida em nome do “interesse indeterminado e impessoal de um agrupamento social mais ou menos vasto”, e não em favor “de um outro sujeito individualizado”⁶⁰.

Entre os direitos mais afetados pelas limitações administrativas, estão a propriedade e a liberdade pessoal. Delas faz uso o Poder Público de maneira *prévia*, *simultânea* ou *posterior* à atividade regulada, ou seja, como condicionamento suspensivo ou resolutivo do exercício dos poderes inerentes aos direitos garantidos pelo ordenamento. O *não fazer* (= *non facere*) traduz abstenção, compressão de poderes, normalmente implementada por meio de norma de proibição, que não pode aniquilar totalmente os usos econômicos do imóvel, hipótese em que se deixaria o território da limitação e se chegaria ao da supressão do direito de propriedade, uma expropriação direta ou indireta. O *fazer* (= *facere*) requer atos positivos, o que, no passado, atrás referimos, incitou acirrados debates, hoje superados, acerca de ser ele, ou não, um componente lógico e legítimo da função social da propriedade e, com maior ênfase, das próprias limitações⁶¹. Finalmente, o *suportar* apresenta-se como pretensão permissiva, em cujo objeto os antigos enxergavam um *pati*, de *patientia*, na acepção de ter paciência, tolerar, como se dá com a obrigação de conformar-se com a fiscalização dos órgãos ambientais ou, na execução de sentença derivada de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público ou associação ambientalista, de aceitar vistoria dos autores, para verificar o andamento dos trabalhos de

60. Gustavo Vignocchi, op. cit., pp. 48 e 89.

61. Pontes de Miranda, com apoio em Biermann, faz referência a conservar o terreno de acordo com as leis de polícia sanitária; a derrubar, segundo as normas de postura, edifícios ameaçados de ruína; a limpar calhas, esgotos e instalações de animais (op. cit., p. 395).

recomposição da flora, sem prejuízo da competência fiscalizatória do órgão ambiental.

5.3 Limitação administrativa ambiental de prescrição e de execução

Antes de mais nada, releve acentuar que, no Direito Ambiental, não se espere encontrar limitações administrativas ajustáveis plena e perfeitamente ao molde ou matriz tradicional, inaptidão essa que se observa igualmente no empréstimo que a disciplina faz de outros mecanismos do Direito Administrativo, como as licenças e autorizações. Se, já consignamos, as limitações administrativas normalmente se apresentam, no regime constitucional de 1988, como exteriorização ou concretização de *pressupostos intrínsecos* do direito de propriedade e da posse⁶², entrelaçados no caldo da função social e ecológica, parece óbvio e inevitável que seu perfil teórico-dogmático se afaste, como concepção jurídica, do modelo sob o qual se desenvolveu o Estado liberal ou do *laissez-faire*.

62. Tais pressupostos, acima mencionamos, são “de natureza *intrínseca* e *contemporânea* à formação da relação de domínio; isto é, indissociáveis do próprio direito de propriedade, verdadeiros elementos de um todo, daí moldando-se como ônus inerentes à garantia. Na ausência deles, como se fossem o ar e a água que propiciam a vida, não se consolida o direito de propriedade, não é ele reconhecido e protegido pela ordem jurídica, pelo menos em sua plenitude” (Antonio Herman Benjamin, *Reflexões sobre a hipertrofia ...* cit., p. 49, grifos no original).

Coincidindo no sentido da imprescindibilidade do respeito a esses pressupostos intrínsecos, como condicionantes da própria existência do direito em si mesmo considerado, André Ramos Tavares adverte que, nos modelos constitucionais modernos, introduz-se na propriedade uma inafastável feição que, aqui e acolá, pode “não coincidir com o interesse do seu proprietário, mas que é dada pela própria ordem jurídica e, assim, deve ser obedecida. É que se trata de *fundamento para o reconhecimento e garantia do direito de propriedade em sua plenitude*” (André Ramos Tavares, op. cit., p. 152, grifei).

Conforme acima indicado, forçoso, pois, que seja por amor à clareza do raciocínio jurídico separar, de um lado, o *estabelecimento administrativo de limitação* ao direito de propriedade, liberdade e atividade econômica e, do outro, a *execução administrativa de limitação legal* ao direito de propriedade ou à atividade econômica. Um e outra encontram na legislação a sua fonte, embora nela bebam de maneiras diferentes. A bem da verdade, o “estabelecimento administrativo de limitação” não passa de um “preenchimento administrativo” de limitações cujo balizamento primordial, mesmo que de contorno vago, também se encontra na lei. Pedindo de empréstimo a lição de Eros Roberto Grau, quando a regra precisa vem decretada pelo legislador, o que se põe é uma limitação *da* propriedade, em oposição à limitação *do exercício* da propriedade⁶³. Naquela, a intervenção é no íntimo do instituto, o *conteúdo* põe-se em foco; nesta, são os *poderes derivados*, ou externos, do conteúdo que se iluminam. Mas a separá-los inexiste propriamente um sistema de diques ou barreiras, já que unidos por uma malha de vasos comunicantes de fundo dogmático e normativo (constitucional e legal).

No estabelecimento administrativo de limitação, o legislador se atém a dar a *hipótese genérica* (isto é, predetermina, de maneira aberta e flexível, a zona de atuação do poder limitativo do ente público) e deixa ao Administrador a possibilidade de ajustá-la, em juízo *ad hoc*, conforme as circunstâncias, necessidades e peculiaridades do fato concreto, em resposta a contingências comuns derivadas da mutabilidade e complexidade do interesse público, o que pode levá-lo a ampliar o grau de intervenção na atividade econômica (pense-se,

63. Eros Roberto Grau, *Função Social da Propriedade*, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 39, 1977, p. 20.

mais uma vez, nas APPs do art. 3º do Código Florestal de 1965 e no percentual da Reserva Legal exigido administrativamente acima do mínimo legal).

Diversamente, ao Administrador, em boa técnica, não se imputa, como obra ao seu criador, o título de inventor ou artífice do que é desenhado ponto a ponto pelo legislador. Melhor dito, não se limita – nem precisa limitar – *administrativamente* o que já está *constitucional* ou *legalmente* limitado; aí, o que se requer é *execução* (= implementação e fiscalização) dos controles estabelecidos pelo legislador. E se do Administrador não se espera função prescritiva, limitação *administrativa*, na acepção mais estrita ou precisa do termo, não é. “Administrativo” aqui não se reporta, pois, à gênese ou fonte direta da limitação, mas à autoridade que a executa, ao *controle de vigilância* das atividades e direitos comprimidos. A limitação, nesses casos, também poderá ser denominada administrativa (e, corriqueiramente, o é), mas não por autoria do desenho, tão só em razão de o Poder Público trazer a si o controle externo, a circulação individualizada e a implementação *concreta* das amarras de compressão estabelecidas alhures. Nesse contexto, bem recorda Maria Sylvia Zanella di Pietro que, “embora muitas das normas legais limitadoras de direitos individuais sejam de caráter constitucional, penal, eleitoral, é à Administração Pública que cabe o *exercício* dessa atividade de restrição ao domínio privado, por meio do poder de polícia fundado na supremacia do interesse público sobre o particular”⁶⁴.

A ser assim, pode-se afirmar que, no nosso Direito Ambiental (para não dizer no Direito Administrativo como um todo), encontramos

64. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 117, grifei.

limitações administrativas de prescrição e limitações administrativas de execução. Numas, a Administração atua para densificar controles normativos genéricos ou abertos da explorabilidade e dos usos da propriedade, ou de organização das atividades humanas, apoiada em parâmetros legais vagos, caracterizados pela *indeterminabilidade* e *elasticidade*, as quais deixam o *quantum* final da limitação à consideração do Administrador (= limitação material). Noutras, a limitação só é *administrativa* no “controle do controle”, por assim dizer, ou seja, na implementação e fiscalização de parâmetros rígidos e fechados assinalados na legislação, que, de maneira prévia e inequívoca, instrui e delimita o direito de propriedade e o exercício das atividades humanas (= limitação de vigilância).

Nas limitações administrativas de execução, cumpre à Administração, na lúcida observação de Celso Antonio Bandeira de Mello, “o poder-dever de assegurar-lhe o respeito, fiscalizando sua observância e impedindo-lhe a transgressão”⁶⁵. Ou, na lição de Odete Medauar, exercer o poder de polícia pelo “controle da observância das prescrições e a imposição de sanções em caso de desatendimento”⁶⁶. Em tal fio do discurso, é o próprio legislador, inclusive o constitucional, que amiúde se encarrega, sem abrir mão dos “regulamentos administrativos” referidos no Código Civil, de demarcar as fronteiras e os pressupostos (= limitações) dos direitos que assegura, dispondo sobre sua conformação e uso admissíveis, cabendo, nessas circunstâncias, à Administração implementar as balizas postas e fiscalizar a obediência a elas. E aquilo que não respeitá-las, por ilícito

65. Celso Antonio Bandeira de Mello, op. cit., p. 778.

66. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 11. ed., São Paulo, RT, 2007, p. 334.

se terá, como fica claro no Código Florestal de 1965 que, nessa linha, refere-se, no art. 1º, § 1º, a “uso nocivo da propriedade”, expressão rebatizada no Direito comum atual de “uso anormal da propriedade”⁶⁷.

A *limitação administrativa de prescrição* (= limitação material), no Direito Ambiental, como não poderia deixar de ser, deriva remotamente dos *pressupostos intrínsecos* do direito de propriedade e da posse, trazidos a lume *ex vi legis* no bojo do “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” assegurado a todos, do princípio da “defesa do meio ambiente” a ser observado pela “ordem econômica”, e da “função ecológica da propriedade”, sofisticação pós-moderna da função social do domínio e de seus consectários (arts. 225, 170, VI, e 186, II, da Constituição Federal de 1988, respectivamente).

Desse modo, a função social e a função ecológica da propriedade servem de sustentáculo à *limitação administrativa de prescrição* (vale dizer, o estabelecimento administrativo de limitação ao direito de propriedade ou à atividade econômica), pois delas deflui, em última análise, a competência legítima para a Administração identificar e efetivar, no mundo exterior da vida em sociedade, a configuração interna minimamente estabelecida pelo legislador para o direito ou atividade, respeitados, sempre, os princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

67. Arts. 1.277 e segs. do Código Civil de 2002; a terminologia adotada pelo Código Civil de 2002 sofre crítica antiga, por trazer consigo “distinção impossível entre uso normal e anormal do direito de propriedade” (Léon Duguit, *Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1920, p. 166). A se seguir a fórmula do Código Civil, em oposição à do Código Florestal de 1965, inevitável entender por *ecologicamente anormal* tudo o que danificar ou puser em risco os “processos ecológicos essenciais”, referidos e garantidos no art. 225, § 1º, I, da Constituição Federal.

Como já assinalado, no sistema jurídico brasileiro, nada que se reporte ao direito de propriedade consegue escapar das influências diretas ou indiretas da função social e da função ecológica, que lhe são correlatas. Isso não implica concluir que a manifestação concreta dessas funções observará uma fórmula única. Ao contrário, momentos há em que a função social e a função ecológica já se acham expressas no direito de propriedade, no formato que lhe imprime o legislador ordinário (p. ex., a propriedade florestal, nos termos do citado art. 1º, *caput*, do Código Florestal de 1965). Noutros, além de estarem *no* direito de propriedade e nele permanecerem em hibernação, as duas funções manifestam-se como fundamento para a Administração Pública atuar *sobre* o exercício do direito de propriedade.

Diante desse quadro próprio do nosso Direito Ambiental, derivam pelo menos três consequências inafastáveis. Primeiro, nas limitações administrativas ambientais, não se está diante de mera atuação exclusiva sobre as *condições de exercício* do direito, aí se encontrando similitude com outras situações em que, como lembram Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, define-se “a extensão do *conteúdo normal do direito*, com o que são algo mais que uma verdadeira limitação ou compressão de seu exercício”⁶⁸. Segundo, como efeito da *função social* (art. 5º, XXIII) e da *função ecológica* (Constituição Federal, arts. 170, VI, e 186, II) da propriedade e da atividade econômica, nas limitações administrativas ambientais se observa a presença dos deveres de abster-se, de atuar e de suportar: um direito de propriedade com contraprestações do titular, individuais (direitos de vizinhança) e coletivas, em favor das presentes

68. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, Madrid, Thompson/Civitas, 2004, p. 108.

e futuras gerações. E, finalmente, a essas limitações administrativas e aos ônus ambientais em geral se imputa a natureza de obrigação *propter rem*, que adere ao título de domínio ou posse.

6. Releitura das limitações administrativas ambientais

Qualquer que seja a modalidade de limitação administrativa em questão, estamos diante de instituto que, na aplicação ao Direito Ambiental brasileiro, demanda releitura, pelo elementar fato de que já não podemos enxergá-lo ou compreendê-lo com os olhos fitos na concepção que, por herança passiva, nos chegou de modelos normativos anteriores (ou de sistemas jurídicos estrangeiros), em que a norma constitucional então vigente, ao contrário da de 1988, nenhuma referência fazia à proteção do meio ambiente em geral e, no particular, à função ecológica da propriedade, ao condicionamento ambiental da ordem econômica, e a deveres e direitos associados à manutenção dos processos ecológicos essenciais. Hoje à *terre-matière* e à *terre-capital* – reconhecidas na literatura econômica, política e jurídica desde os grandes debates do século XIX na França e em outros países avançados – ajunta-se uma espécie de *terre-nature*. A função social da propriedade e do contrato vincula-se mais proximamente à *terra-matéria* e à *terra-capital*, enquanto a função ecológica da propriedade deflui da *terra-natureza*, como novo valor modelado na pós-modernidade.

Antes, tirante a função social da propriedade e a tradicional tutela da saúde, era precipuamente no guarda-chuva do Código Civil de 1916 que se socorria o intérprete na ânsia de encontrar algum fundamento de legitimidade para as limitações, administrativas ou não, ao direito de propriedade; nele, como de resto no

Direito Comparado, garantia-se amplamente o direito de construir (e, por extensão, o direito de explorar a terra e desnudá-la de vegetação), mas sempre com uma reserva, atrás referida: “salvo o direito dos vizinhos e os *regulamentos administrativos*” (art. 572, grifei, regra essa repetida no art. 1.299, acima mencionado, do Código Civil de 2002).

Hodiernamente, de modo diverso, as limitações administrativas, sobretudo as ambientais, originam-se de anotações constitucionais e legais – ou a elas prestam continência – tão torrenciais, como expressas e minuciosas, de deveres impostos aos particulares e à Administração, e deles judicialmente exigíveis, com o escopo de disciplinar a explorabilidade da terra, de intensidade maior ou menor conforme o bioma, a modalidade de ecossistema, a topografia da área, o endemismo ou raridade das espécies da flora e fauna lá encontradas, o tipo ou grau de ameaça antrópica, o valor ecológico, cultural ou paisagístico, etc. São intervenções do Estado e do Direito Público que, em vez de representarem uma *exceção*, consagram-se como *regra geral*.

Antes de 1988, submersos em um cenário de mutismo e indiferença ecológica no plano constitucional, só restava à doutrina e ao juiz, no afã de enfrentar o crescente desmatamento e o agravamento da poluição do ar, águas e solo que assolavam o País, obter sustentáculo em técnicas tradicionais do nosso Direito, como as limitações administrativas, assimiladas pelo prisma do poder de polícia e da ordem pública, e, na Constituição de 1934 (art. 113, n. 17), de uma sempre hesitante, fluida e escorregadia função social da propriedade. Ainda hoje as limitações administrativas veem-se irmanadas com o poder de polícia – para a saudosa Lúcia Valle Figueiredo, elas não seriam outra coisa que as “denominadas antigamente ‘poder de

polícia”⁶⁹. No entanto, nem tudo o que é compressão do direito de propriedade ou atividade econômica opera por policiamento, a cargo do Administrador, *de fora para dentro*, na acepção clássica do poder de polícia e das próprias limitações administrativas.

Se, no Direito do Estado Liberal, do legislador ordinário pouco se esperava em termos de intervenção direta na ordem econômica, nada mais natural que o frouxo controle estatal, sempre exceção, fosse deixado às disposições antiquíssimas dos direitos dos vizinhos e aos “regulamentos administrativos”, ou seja, com remessa aos domínios incertos das *limitações de interesse privado* (= direitos de vizinhança) e *limitações de interesse público* ou *de ordem geral* (= limitações administrativas), conforme atrás referido.

Sob tal enfoque, bem se compreende o peso que, paradoxalmente, se atribuía à função administrativa no Estado Liberal, pois ao Administrador – “largado”, por assim dizer, pelo legislador, refratário a editar leis intervencionistas – sobrava a árdua incumbência de refrear eventuais excessos no uso da propriedade imobiliária e mobiliária. Não surpreende que, no campo ambiental como em outros tantos, aparelhados com ferramentas tão tênues e superficiais desse naipe, que flutuavam em um mar teórica e praticamente dominado pela filosofia do *laissez-faire*, os órgãos públicos tenham falhado espetacularmente na sua impossível missão.

Para um controle administrativo inescapável, tanto mais largo quanto maior a inércia do legislador, o remédio era mesmo a limitação administrativa. Não havia como ser diferente, na falta de algo parecido com o protagonismo intervencionista, que presentemente

69. Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 304.

se observa nos parlamentos nacionais e nos modelos constitucionais da atualidade. Fato que em si transportava uma contradição, pois era a própria lei, em pleno Estado Liberal, que, por receio ou inaptidão em face da necessidade de regramento adequado e minucioso, conferia, no atacado, ao Administrador possibilidades amplíssimas de intervenção na esfera privada das pessoas (p. ex., moral, bons costumes, segurança, sanitarismo), da propriedade e das atividades econômicas (profissão, p. ex.). Um superadministrador, pelo menos teoricamente, acolhido no colo do *laissez-faire*, que abominava o Estado dirigista!

No presente, muito do que se encontra no conteúdo dos instrumentos de Direito Ambiental aplicável ao domínio privado – a Reserva Legal e as APPs, mas também certas categorias de Unidades de Conservação (= Áreas Protegidas) em terras privadas, como a APA (Área de Proteção Ambiental) e até mesmo o licenciamento ambiental – deriva de acertamento que se faz, em maior ou menor medida, não no plano do exercício da *função administrativa*, estritamente falando, mas, sim, em pré-arranjos instituídos na lei e, mais valioso até, na Constituição: à luz desses pré-arranjos, ao *paradigma da legalidade* agregou-se, nas limitações ambientais, o *paradigma da constitucionalidade*.

O resultado é que ao Administrador agora incumbe, como dever-poder, a proteção ambiental em bases mais sólidas, ricas e, sem dúvida, complexas. Sua atuação deixa de constituir uma simples e insegura derivação da cláusula constitucional/legal difusa de atribuição a ele de um *poder de polícia genérico* para zelar pela “ordem pública”, inclusive pelos recursos naturais, caminho que se lhe facultava trilhar, quando assim entendesse apropriado, ao limitar o exercício da propriedade urbana e rural.

Ao certo, nesse contexto o Poder Público em grande medida já não age por impulso de “fora para dentro” do aparato jurídico do domínio, mas de “dentro para fora”, efeito de a proteção do meio ambiente, ampla e pormenorizadamente constitucionalizada, ter virado limite ou pressuposto *interno* do próprio *substratum* do direito de propriedade. As limitações administrativas tornam-se, por assim dizer, uma das “vítimas dogmáticas” desse auspicioso e provocante caldo jurídico, em que se confundem o constitucional, o legal e o administrativo propriamente dito.

Tão patente a “contaminação”, com licença da palavra, do ordenamento brasileiro pelo paradigma da função ecológica da propriedade que, editada sob a influência do constitucionalismo do Estado Social, a nova civilística abraça-a expressamente. Confira-se, a propósito, o Código Civil de 2002 (art. 1.228, § 1º, grifei):

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*.

Agora aprisionadas em um programa jurídico revigorado e minucioso de introdução do solidarismo nas relações entre proprietários, posseiros, gerações presentes e futuras (de que é exemplo o art. 1.228, § 1º, do Código Civil de 2002), não é de surpreender que as limitações administrativas passem a incorporar, preservadas a roupagem e a terminologia antigas, um novo papel: o de porta-voz pontual e palpável de uma função ecológica de aplicabilidade universal aos fenômenos econômicos da comunidade, genuína expressão de

um pacto ético-jurídico fundado não mais em dispositivos órfãos e desnorteados do Código Civil, mas na própria Constituição nacional. Conduzida pela função ecológica da propriedade, é a função social que se *exterioriza* nas limitações administrativas e, simultaneamente, são as limitações administrativas que se *interiorizam* na função social.

7. Conclusão: a função ecológica da propriedade na voz dos juízes

No decorrer dos tempos, a propriedade tornou-se instituição jurídica incontestada, a ponto de se apelidar a coletividade, a que devia servir, de *sociedade de proprietários* (não obstante eles representassem minoria, aqui como lá fora⁷⁰), organizada em torno do respeito a direitos e obrigações recíprocos e a modalidades contratuais as mais variadas⁷¹. Com maior ênfase e rapidez a partir da segunda metade do século XX, o elitismo dessa sociedade de proprietários experimenta, naquilo que nos interessa neste ensaio, crescente alívio; por um lado, surge nos países de capitalismo avançado certa pulverização da titularidade sobre bens (o que não implica, necessariamente, democratização de decisões e comando), por meio de ações comercializáveis em bolsas; por outro, ganha corpo a (re)publicização de elementos que compõem o meio ambiente e viabilizam os processos ecológicos essenciais, gradualmente privatizados ao longo da história pelo *dominus soli*.

Mais que tudo, esse duplo fenômeno deve muito à transição de

70. Lembra um dos mais atentos estudiosos do tema que, “no caso brasileiro, se marca por uma microminoria de proprietários e uma macrominoria de não proprietários” (Carlos Ayres Britto, art. cit., p. 45).

71. Niklas Luhmann, op. cit., p. 155.

uma nação rural e agrária para outra, de cunho marcadamente industrial e pós-industrial. Um pano de fundo de irresistíveis forças a engendrar e conformar a renovação do modelo de direito de propriedade, no qual não é menor o impacto do alceamento, ao patamar de valores primaciais da coletividade, de atributos universais, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a proteção dos sujeitos vulneráveis, a salvaguarda das bases da vida – os processos ecológicos essenciais.

No que tange às florestas em particular, outros fatores contribuíram para o enfraquecimento da postura individualista e monetarista dos interesses e relações de domínio sobre elas incidentes. Não custa lembrar que, ao contrário de outros danos à natureza – a poluição do ar com substâncias tóxicas, p. ex. –, o desmatamento é a mais visível e detectável forma de degradação ambiental: não precisa de microscópico ou de equipamento sofisticado, pode-se constatar a olho nu⁷². Como desastre ambiental, megadesmatamentos são candidatos perfeitos, pelo seu dramático apelo visual, à divulgação na primeira página de jornais e revistas e no horário nobre da televisão.

Claro, infelizmente nesse terreno, ao contrário do que prega o ditado popular, nem sempre o que os olhos veem o coração sente, tanto mais no quadro da febre especulativa que parece ter tomado conta do Brasil⁷³ e de outros países possuídores de largas extensões florestais, dos nossos vizinhos amazônicos ao Congo e à Indonésia. Ainda assim, já a partir da Conferência de Estocolmo em 1972, a sorte das florestas deixou de ficar à mercê única e exclusivamente do machado, trator ou tocha de fogo embrulhados em uma escritura de

72. Cf., no mesmo sentido, Marie-Claude Smouts, op. cit., p. 95.

73. Antonio Herman Benjamin, *Reflexões sobre a hipertrofia ...* cit., p. 42.

domínio, nada além de uma decisão individual, e por isso não sujeita a controle social, de cada um dos milhões de grandes e pequenos proprietários de terras, seus guardiões ou vilões, conforme o caso.

Paradoxal aqui é que, não obstante o esvaziamento dos fundamentos éticos e a corrosão dos alicerces políticos e jurídicos da tradicional *sociedade de proprietários-soberanos*, parcela (cada vez menor, é verdade) do Judiciário continua a trazer a si a tarefa de preservar aquilo que, de direito, já deixou de ser. Infelizmente, nunca faltaram juízes dispostos a, consciente ou inconscientemente, legitimar e reproduzir o *status quo* do ontem. Ao fazê-lo, transformam-se não nos realizadores do futuro sustentável e do progresso dos povos, aplicados implementadores da ordem legal do presente, mas em embalsamadores letrados e togados do corpo decomposto da propriedade absoluta. Uma tarefa que realizam com palavras eloquentes e tecnicismo fantasioso, num e noutra caso equilibrando-se na automática repetição de precedentes arcaicos e na leitura acrítica de uma doutrina bolorenta à luz do novo regime constitucional e legal. Um engenhoso e enganoso discurso, normalmente pomposo, na vã expectativa de poderem disfarçar, ou suavizar, a aberração jurídica que brandem e esconder as iniquidades dela decorrentes. Mantêm a toga, mas deixam de ser juízes, na expressão político-jurídica do termo, pois recusam aplicação à Constituição e às leis, sem que com isso pratiquem justiça.

A lição que daí se tira é que, por mais que a Constituição e as leis reescrevam o Direito vigente em um dado momento histórico da nação, sempre manterá o Judiciário o poder de vida ou morte, a última palavra acerca do real e efetivo sentido de qualquer reforma legislativa. Não se reservaria diferente sorte às florestas e à fauna. Ao contrário, nesse campo não foram poucas as vezes em que o legislador, mesmo a coroa portuguesa, no período colonial, expressava

preocupação com a inaptidão dos juizes para fazer cumprir as normas de controle das queimadas e desmatamento da vegetação nativa. Cite-se, nesse sentido, o Rei Felipe II, no *Regimento da Relação do Estado do Brasil* (Alvará de 7 de março de 1609, que criava uma instância superior na Justiça brasileira, sediada em Salvador, com dez desembargadores), quando instruía o Governador-Geral a ter “particular cuidado de prover sobre as lenhas e madeiras, que se não cortem, nem queimem, para fazer roças, ou para outras coisas”, visto que fora “informado que em algumas Capitânicas do dito Estado havia muita falta da dita lenha e madeiras, e pelo tempo em diante a haveria muito maior, o que será causa de não poderem fazer mais engenhos e de os que ora há deixarem de moer”⁷⁴.

Bem apontava o notável Victor Nunes Leal, citando a lição de Pedro Batista Martins, não se poder “desconhecer que muitas vezes a magistratura se revela demasiado conservadora, criando os mais sérios obstáculos à ação reformadora do legislador”⁷⁵. Exatamente essa a história brasileira de tutela da flora, em que a abdicação de poder e o aberto antagonismo judicial em relação ao destino dos recursos naturais muito contribuíram para o descrédito e a subsequente derrocada do nosso primeiro Código Florestal, de 1934. Nesse diapasão, nada melhor ilustra tal infeliz situação do que a correspondência, de 1950, na qual o então Presidente do Conselho Florestal Federal e depois Consultor-Geral da República, Luciano Pereira da Silva, ao saudar a publicação do magnífico livro do magistrado Osny Duarte Pereira (que posteriormente seria autor do Código Florestal de 1965) sobre aquela lei, aproveitava a oportunidade

74. Grafia do texto por mim atualizada.

75. Victor Nunes Leal, Técnica Legislativa, in *Problemas de direito público e outros problemas*, v. 1, Brasília, Ministério da Justiça, 1997, p. 20.

para lamentar o descaso do Judiciário com a sorte das matas, que continuavam a sucumbir em círculo vicioso inestancável à luz do fogo e ao som do machado: a

Magistratura, à qual o legislador confiou a repressão das infrações florestais, foi a primeira a manifestar sua repulsa ao novo diploma, absolvendo invariavelmente os que, por lhe infringirem os dispositivos, eram processados, o que importava na paralisação completa da ação fiscalizadora, pelo justificado receio da absolvição dos infratores. Ao Conselho Florestal Federal era doloroso saber que o Poder Judiciário se fazia o maior empecilho à execução do Código⁷⁶.

Inevitável concluir que, na nossa época, já não há espaço, nem desculpa, para o Judiciário se omitir, ignorar, dificultar, obstar ou desqualificar a implementação da legislação ambiental, acima de tudo a florestal; a um, em razão de os danos causados e a serem causados denotarem, amiúde, um estado irreversível e, não raro, catastrófico (como demonstram, nas grandes cidades brasileiras, enchentes e deslizamentos recorrentes, com lastimável perda de vidas humanas e incalculáveis prejuízos materiais); a dois, porque as informações, cientificamente embasadas, acerca do valor da biodiversidade e do seu rápido desaparecimento jorram copiosas e inquestionáveis; a três, considerando que aí estão tecnologias e métodos capazes de conferir uma índole sustentável à exploração dos recursos naturais; a quatro, porque

não deixa de ser paradoxal que, exatamente o direito de propriedade, confinado que está pelas amarras sociais da Constituição

76. Osny Duarte Pereira, *Direito florestal brasileiro*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1950, p. XIX.

Federal de 1988, venha a ser o salvo-conduto a garantir, de maneira generosa, aos proprietários resultados que, nos regimes constitucionais anteriores, profundamente individualistas e omissos em referências ambientais, só acanhadamente arriscavam-se a postular⁷⁷.

Finalmente, uma quinta razão, possivelmente a mais saliente: a constatação de que o juiz brasileiro do século XXI é convocado a aplicar não um conjunto de diplomas exóticos, desatualizados, funambulescos e sem apoio no conhecimento científico e nas referências histórico-culturais do País, mas um microsistema legal coerente, de estatura constitucional, que vocaliza, com estilo manifesto e impositivo, a transição de um *Direito de danos* para um *Direito de riscos* (sobre os pilares dos princípios da prevenção e da precaução) e da *propriedade-especulação* para a *propriedade-função*, tomando de empréstimo a terminologia tão antiga quanto atual de Léon Duguit⁷⁸, função essa que, consoante a Constituição de 1988, além de social, é igualmente ecológica, não custa repetir.

Logo, ao juiz contemporâneo não devem impressionar as reclamações saudosistas dos que ainda insistem em defender uma visão extremada do direito de propriedade privada, posição que, no Brasil, qualquer estudante de Direito afirmará ultrapassada pelo menos desde a Constituição de 1934 e, com maior ênfase, na de 1988. Ou as dos que teimam em aplicar, sem qualquer cautela axiológica, dogmática ou técnica, institutos e esquemas privatísticos no Direito Público, o que representa “um erro metodológico e um retorno aos velhos tempos em que o Direito Público ainda não havia encontrado

77. Antonio Herman Benjamin, *Reflexões sobre a hipertrofia ...* cit., p. 43.

78. Léon Duguit, op. cit., p. 150.

uma elaboração e um enquadramento dogmático autônomo”⁷⁹. Diversamente, prevalece hoje a postura de que o dono só é senhor da terra na medida do respeito às aspirações estabelecidas em favor de toda a coletividade e das gerações futuras, entre as quais ganha crescente realce a proteção do meio ambiente. Uma espécie de *contrato socioecológico coletivo e intergeracional*, como novo padrão do direito de propriedade, o único compatível com o paradigma ambiental que, nota o magistral Ricardo Luis Lorenzetti, “representa, para os indivíduos, um sistema em que predominam os deveres e limites a direitos em razão da proteção que demanda o *bem coletivo*”⁸⁰.

A violação, mitigação ou afastamento das limitações ambientais – em particular as destinadas a garantir a flora nativa, como as APPs e a Reserva Legal – não são acidentes de percurso inocentes e inevitáveis na marcha dos seres humanos rumo à sua redenção como indivíduos e nações. De uma forma ou de outra, sempre decorrem – direta ou indiretamente, isolada ou simultaneamente – de três razões: a) desconhecimento, por não se saber ou não se querer saber (= ignorância acerca da importância, viabilidade científico-financeira e opções técnicas da conservação e uso sustentável da biodiversidade); b) necessidade coletiva ou pessoal (= utilidade pública ou interesse social, bem como a ausência absoluta de alternativas de sobrevivência, o beco sem saída da miséria extrema); c) ganância pura e simples (= a compulsão a enxergar, mesmo nas mais ecológica e esteticamente preciosas manifestações da natureza, nada além de fontes banais de geração de riqueza e poder, pouco importando

79. Gustavo Vignocchi, op. cit., p. 33, com apoio em Donati, Vitta e Giannini.

80. Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 11, grifei.

se se trata, numa ponta, de riqueza e poder para uns poucos e, na outra, de pobreza e penúria para milhões, presentes e futuros).

Neste quadro, embora nem sempre perceptível ao olhar do não especialista, mais se avulta o “papel ativo crescente do Direito como agente de mudança social”, em que o ordenamento “não apenas articula, mas determina o curso para as grandes transformações sociais”⁸¹. Na economia do campo e da cidade, como na revelação jurídica dos novos valores que regem nossa sociedade, é esse mesmo Direito que revoga as bases e seca as fontes normativas da agricultura depredadora⁸² e da especulação imobiliária, deixando para trás o senhoriato rural e urbano, impiedoso com a condição humana, degradador da condição natural e parasitário da condição estatal.

Garantir a sobrevivência dos *processos ecológicos essenciais*, as bases da vida: essa é a direção que deve, então, guiar o Judiciário. Quanto de utopia haverá nessa esperança só o futuro dirá, considerando a influência dos obstáculos nessa jornada. Infelizmente, explorar, cultivar, colher e julgar na aridez dogmática de institutos jurídicos anacrônicos continua a ser mais fácil que rejeitar o abraço atraente da ignorância ética e científica e, assim, impedir a transformação de nossas magníficas e ainda misteriosas matas em toros e cinzas – a aridez da terra; e do espírito. Dos juízes a sociedade não espera que saiam por aí, enxada num ombro e saco de sementes no outro, plantando árvores e ressuscitando florestas. Tão só que façam valer a lei, a Constituição e a função ecológica da propriedade – o arado jurídico que lhes basta para cultivar, conservar e transmitir aos que virão a natureza que nos acolhe, alimenta e encanta.

81. Wolfgang Friedmann, op. cit., p. 512.

82. A expressão é de Victor Nunes Leal, O Coronelismo e o Coronelismo de Cada Um, in *Revista de Ciências Sociais*, v. 23, n. 1, 1980, p. 13.