

DESAPROPRIAÇÃO, RESERVA FLORESTAL LEGAL E ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE*

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Resumo Indicativo

O presente texto, numa abordagem geral e introdutória, visa discutir a relação entre desapropriação, direta ou indireta, e certas áreas especialmente protegidas pelo Código Florestal (Lei n. 4771/65). Neste, o estudo concentrará sua atenção nas Áreas de Preservação Permanente (APPs) e na Reserva Florestal Legal, sempre na perspectiva da propriedade rural.

Aqui preocupa-nos duas ordens de questões. Primeiro, as APPs e a Reserva Florestal Legal exigem, em si consideradas, compensação pela sua instituição? Segundo, no contexto de uma desapropriação, direta ou indireta, da totalidade do bem, pode o Poder Público ser condenado a indenizar — ao lado das áreas livres para a exploração — as APPs e a Reserva Florestal Legal?

1. A ordem jurídica ambiental

Qualquer análise moderna da proteção ambiental no Brasil sempre há de começar pela Constituição Federal de 1988 que, em vários dispositivos, pela primeira vez em sede constitucional, cuidou da matéria.

Mas, antes mesmo de 1988, o meio ambiente, tanto na sua concepção genérica (o meio ambiente em si mesmo considerado), como, mais especificamente, quanto aos seus componentes e elementos, já

* O presente texto, no geral, espelha o conteúdo de palestras proferidas em dois eventos: XVI Conferência Nacional dos Advogados, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal, Fortaleza, 1-5 de setembro de 1996; 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental, sob os auspícios do Instituto "O Direito por um Planeta Verde", São Paulo, 4-6 de junho de 1997.

recebia largo tratamento infraconstitucional. Naquela perspectiva, ressalta a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981); nesta, são de todos conhecidos o Código Florestal (1965) e a Lei de Proteção à Fauna (1967), para citar apenas dois exemplos.

2. O Código Florestal atual

A legislação florestal brasileira já vem de anos, desde a época da Colônia, mas o antecedente direto da lei em vigor é o Código Florestal de 1934 (Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934).

O vigente Código Florestal (Lei n. 4771/65) começa por ressaltar 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".¹

Duas conclusões podem ser a priori retiradas do dispositivo em questão. Primeiro, o Código, embora denominado "florestal", tem um campo de aplicação muito mais amplo do que sua denominação indica, já que se aplica às florestas e também às "demais formas de vegetação". Em outras palavras, protegidos pelas limitações instituídas pela lei estão não só os complexos arbóreos, mas igualmente qualquer forma de vegetação nativa (a restinga ou cerrado baixo, a vegetação de campos, entre outros).

Segundo, o legislador ordinário, antecipando-se ao constituinte de 1988,² afirma serem as florestas e demais formas de

¹ Art. 1º, caput.

² A Constituição Federal, como se sabe, qualifica o meio ambiente ecologicamente equilibrado (que não existe sem flora protegida) como "bem de uso comum do povo" (art. 225, caput). Este dispositivo, na lição abalizada do Ministro Celso Mello, é "a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas as formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente

vegetação "bens de interesse comum a todos os habitantes do País", expressão que já constatava do Código Florestal de 1934 e que, na abalizada opinião de Osni Duarte Pereira, representa "a intenção do legislador em conciliar as necessidades de intervenção com o resguardo do domínio privado".³ Ou seja, o proprietário, mesmo nos limites estritos de seu imóvel, não tem total e absoluta disposição da flora,⁴ só podendo utilizá-la na forma e com os limites estabelecidos pelo legislador. Sem serem proprietários, todos os habitantes do País — é o que declara a lei — têm um interesse legítimo no destino das florestas nacionais, privadas ou públicas.

Mais adiante, o estatuto florestal dispõe que "As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas são consideradas uso nocivo da propriedade".⁵ Assim, o proprietário que faz uso de suas florestas contrariando a legislação em vigor encontra-se em posição de ilicitude permanente, sujeitando-se a sancionamento civil próprio (sem falar no penal, conforme a hipótese).⁶

3. Fundamentos da proteção jurídica das florestas

No passado, tudo contribuía para a concepção equivocada de que a exploração econômica integral da terra e de seus atributos (= exploração predatória) era a única destinação que a ela poder-se-ia dar: a imensidão de territórios a serem conquistados, a aparente inesgotabilidade e capacidade de recuperação dos recursos naturais, a dispersão dos habitantes, a certeza de que a propriedade ou era utilizada

ecologicamente equilibrado" (Recurso Extraordinário n. 134.297-8 - SP - Rei. Min. Celso Mello - v. u., j. 13.6.95, Lex 207, p.143).

³ Osni Duarte Pereira, Direito Florestal Brasileiro, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, p. 151.

⁴ Sem falar da fauna e "seus ninhos, abrigos e criadouros naturais" que, nos termos da Lei n. 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna), "são propriedades do Estado" (art. 1, caput).

⁵ Art. 1, parágrafo único.

⁶ É contravenção penal "destruir ou danificar a floresta de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas estabelecidas ou previstas nesta Lei", bem como "impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetações", art. 26, alíneas a) e g).

em sua inteireza ou não tinha verdadeiramente tal qualidade,⁷ o desejo, por razões de segurança de fronteiras ou por precisão de divisas e geração de empregos, de estimular a transformação empresarial das relações produtivas.

Nesse sentido, pouca importância era conferida, fora das aglomerações urbanas (com as limitações urbanísticas), a certos limites impostos ao direito de propriedade, seja em favor de indivíduos igualmente proprietários (os direitos de vizinhança, p. ex.), seja em proveito da coletividade como um todo (o exercício do poder de polícia, para proteger os bons costumes, bem como a saúde e ordem públicas).

Numa perspectiva mais moderna, principalmente a partir do reconhecimento de sua função social, ao direito de propriedade agregou-se outros limites, sempre submetidos ao princípio de que se forem muito longe, poderão ser reconhecidos como desapropriação indireta.⁸

Bem mais recentemente, as Constituições trouxeram para seu corpo a previsão expressa da proteção do ambiente, como um desses pressupostos para o reconhecimento de direito de propriedade válido.

O certo, e ninguém hoje nega isso, é que a propriedade privada (e a pública também) sujeita-se a limites que são impostos como pressupostos para seu integral reconhecimento pela ordem jurídica e outros que lhe são agregados casuisticamente, diante de fatos que só se manifestam no instante em que o direito, consolidado e plenamente ajustado ao ordenamento, é exercitado.

4. O direito de propriedade é reconhecido constitucionalmente, mas seu conteúdo final é determinado pela legislação ordinária

⁷ Cf., no Brasil, o conceito de terra improdutiva para fins de reforma agrária e de tributação.

⁸ Justice Holmes, *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 415 (1922).

De uma maneira simplificada, o direito de propriedade dá ao seu titular o poder de exclusão⁹ (= reivindicação), uso, gozo, disposição e transmissão.¹⁰ Esses aspectos derivam, genérica e abstratamente, da previsão constitucional da propriedade, mas têm seu conteúdo final definido pela legislação infra-constitucional, fundamentalmente pelo Código Civil e normas extravagantes. Ou seja, "a lei é que determina o conteúdo normal do direito de propriedade, excluindo, assim, certas faculdades que teriam fundamento no conceito de propriedade, encarado sob um critério abstrato".¹¹

No plano infraconstitucional, a latitude do legislador é ampla, desde que não altere o conteúdo básico do direito de propriedade, inviabilizando o elemento primordial da previsão constitucional — o direito de exclusão; ou seja, a norma ordinária, como regra, não pode ir ao ponto de conferir a outros sujeitos a possibilidade de interferir com o uso e gozo do domínio, pois, dessa maneira, estaria completamente descaracterizada a garantia inscrita pelo constituinte.¹²

Na perspectiva ambiental contemporânea — na esteira da aceitação da tese de que o domínio "não mais se reveste do caráter

⁹ O Código Civil brasileiro deixou "de aludir ao conteúdo negativo da propriedade, a exclusão de qualquer outra pessoa, por não ser um caráter distintivo dessa relação jurídica. Todo direito, como poder de ação, é exclusivo dentro da sua esfera" (Clovis Beviláqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 7ª tiragem, edição histórica, Rio de Janeiro, Editora Lio, 1940, p. 1005).

¹⁰ Ou, nos termos do Código Civil brasileiro, "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reaver os do poder de quem quer que injustamente os possua" art. 524).

¹¹ J. M. de Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. VH, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, p. 275.

¹² Exceções há, como no caso de intervenção administrativa (cf. Código de Defesa do Consumidor, art. 56, inciso XI). Aqui, porém, trata-se de sanção, que não tem caráter de medida permanente, sendo, em verdade, adotada no interesse também do próprio proprietário, no sentido de sanear aquilo que lhe pertence e que, pela sua importância social, não pode ser simplesmente abandonado às incertezas do mercado. Ainda nos termos do CDC, "A pena de intervenção administrativa será aplicada sempre que as circunstâncias de fato desaconselharem a cassação de licença, a interdição ou suspensão da atividade" (art. 59, par. 2).

absoluto e intangível, de que outrora se impregnava" ¹³ —, é bom ressaltar que, entre os direitos associados à propriedade, não está o poder de transformar o "estado natural" da res ou de destruí-la. Nenhum proprietário tem direito ilimitado e inato de alterar a configuração natural da sua propriedade, dando-lhe características que antes não dispunha, carecendo para tal do concurso do Poder Público. Assim, p. ex., não integra o rol dos atributos do direito de propriedade do dono de uma área pantanosa a possibilidade de, a seu querer, aterrará-la, modificando seu estado natural e função ecológica.

5. Os limites do direito de propriedade

Feitas essas considerações introdutórias, podemos classificar os limites do direito de propriedade em dois tipos básicos: a) internos e b) externos.

Ambas categorias de limites justificam-se ora pelo desejo do legislador de salvaguardar o indivíduo, isoladamente considerado (direitos de vizinhança, p. ex.), ora com o claro intuito de alcançar objetivos supraindividuais (bons costumes, saúde pública, proteção ambiental, etc).

5.1 Os limites internos

São eles de natureza intrínseca e contemporânea à formação da relação de domínio; isto é, indissociáveis do próprio direito de propriedade, verdadeiros elementos de um todo, daí moldando-se como ônus inerentes à garantia. Na ausência deles, como se fossem o ar e a água que propiciam a vida, não se consolida o direito de propriedade, não é ele reconhecido e protegido pela ordem jurídica, pelo menos em sua plenitude.

Entre os limites internos tradicionais estão, exemplificativamente, o respeito aos direitos dos outros proprietários (regras de

¹³ Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil. Direito das Coisas, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 96.

vizinhança), a proteção da saúde pública (proibição do consumo de entorpecentes, exigência de higiene nos estabelecimentos comerciais ou a possibilidade de execução de cães com hidrofobia, p. ex.) e o resguardo dos bons costumes (vedação de casas de prostituição, entre outros).

As regras de vizinhança encontram fundamento na máxima de que o direito de um estanca no direito de outrem, com o explícito "propósito de facilitar o convívio social";¹⁴ já os deveres de cunho coletivo, diversamente; são decorrência das exigências da convivência em sociedade, refletindo preocupações mais complexas e difusas; em muitos casos, apresentam uma origem comum, & função social da propriedade.

De fato, no princípio do Século XX, surge outro feixe de restrições, agora sob o amparo da função social da propriedade, que atua, conforme destaca José Afonso da Silva, "na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens".¹⁵ É nesse contexto funcional que mais aparece e justifica-se a proteção do meio ambiente (a Reserva Legal, as Áreas de Preservação Permanente, o controle das emissões poluidoras, etc).

Aqui, advirta-se que os deveres conexos à função social da propriedade são ontologicamente apartados de certas técnicas jurídicas limitativas do exercício dos poderes do domínio - os limites externos. A função social é "elemento essencial definidor do próprio direito subjetivo", caracterizando-se os deveres daí decorrentes "como encargos ínsitos ao

¹⁴ Silvío Rodrigues. Direito Civil. Direito das Coisas, vol. V, 12a edição. São Paulo, Saraiva, 1953, p. 85.

¹⁵ José Afonso da Silva, Direito Urbanístico Brasileiro, 2a edição. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 66, grifo nosso.

próprio direito, orientando e determinando seu exercício, de modo positivo".¹⁶

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

5.2 Os limites externos

Se os limites internos antecedem o direito de propriedade, os limites externos, diferentemente, lhe são consecutivos: pressupõem uma dominialidade que opera em sua plenitude, totalmente consolidada por respeitar os limites primordiais.

É o caso, p. ex., de necessidades da Administração Pública em relação ao uso, por ela mesma, de atributos (servidão de passagem, entre outros) ou da totalidade da propriedade (construção de estradas, escolas, etc). Ressalte-se que mesmo certas restrições feitas em nome do meio ambiente, porque vão além do formato constitucional, no rigor e extensão de seu balizamento, podem vir a caracterizar-se como limites externos, passíveis, portanto, de imposição da obrigação de indenizar: p. ex., a

¹⁶ Roger Raupp Rios, Função social da propriedade, in Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, v. 6 (55), mar., 1994, p. 20, grifo nosso.

instituição, em terras particulares, de Parque Nacional, Estadual ou Municipal, Reserva Biológica¹⁷ ou Estação Ecológica.

6. A função social da propriedade está na base da proteção do meio ambiente

Como vimos, o direito de propriedade, nos regimes constitucionais modernos e democráticos, tem sempre um conteúdo social. Este se expressa pela fórmula, universalmente adotada, da função social da propriedade, gerida na convicção, hoje incontestável, de que "a propriedade não pode ser usada em detrimento da sociedade".¹⁸

A estruturação do direito de propriedade "divide-se por entre a declaração de sua existência — com o conseqüente reconhecimento estatal — e a submissão à idéia de função social", que lhe impõe restrições, "justificadas, sempre, por interesses superiores e delineadas, em seus contornos, por legislação própria".¹⁹

Em alguns sistemas jurídicos, como o norte-americano, tal formulação vem aceita como simples decorrência natural e infraconstitucional do próprio direito de propriedade. As ordens constitucionais mais recentes, contudo, desejosas de evitar problemas de interpretação, preferem dizer, de modo direto e indubitoso, que a propriedade está, sempre e em qualquer situação, demarcada por sua função social.

7. Importância da função social da propriedade na proteção do meio ambiente

¹⁷ Segundo o Código Florestal, "é proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais nos parques e reservas biológicas" (art. 5, a), grifo nosso); de maneira assemelha das, a Lei n. 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna) estabelece que nas Reservas Biológicas estão proibidas "as atividades de utilização, perseguição, caça, apanha, ou introdução de espécimes na fauna e flora silvestres e domésticas, bem como modificações do meio ambiente a qualquer título" (art. 5, a), grifo também nosso).

¹⁸ Rudolf Dolzer, *Property and Environment: the Social Obligation Inherent in Ownership. A Study of the German Constitutional Setting*, Morges, IUCN, 1976, p. 13.

¹⁹ Carlos Alberto Bittar, *O Direito Civil na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 154.

Para fins de proteção do meio ambiente, a noção de função social é relevantíssima, pois, já dissemos, todo e qualquer controle que dela decorra, exceto quando a Constituição expressamente o afirmar em contrário, não propicia indenização com base em desapropriação, direta ou indireta.

No Brasil, infelizmente, ao contrário do que se observa em outros países; como a Alemanha,²⁰ a teoria da função social da propriedade não tem tido eficácia prática e previsível na realidade dos operadores do Direito e no funcionamento do mercado; a verdade é que, entre nós, a noção ainda não foi, inexplicavelmente, desenvolvida (ou mesmo suficientemente compreendida) no plano doutrinário, daí os percalços jurisprudenciais que enfrentamos. Um balanço objetivo comprova que a concepção apresenta pouco — para não dizer nenhum — impacto na forma como são julgados certos casos em que estão em discussão limites internos do direito de propriedade, em particular os de caráter supraindividual, exatamente o cerne de sua operação; inexistente, nesse sentido, exemplo melhor do que o que está sucedendo em termos de desapropriação indireta por proteção ambiental.

Havendo, de fato, tanta carência de trato adequado da função social da propriedade na nossa prática jurídica atual, não é de surpreender o desconhecimento da função sócio-ambiental da propriedade, tardio desdobramento²¹ — legislativo, doutrinário e jurisprudencial — daquela. Não devia ser assim, contudo: poucas constituições unem tão umbilicalmente função social e meio ambiente como a brasileira.²²

²⁰ Rudolf Dolzer.art. cit., p. 27.

²¹ Ou, nas palavras de Maria Luísa Faro Magalhães, "reciclagem" do instituto já tradicional da função social (Maria Luísa Faro Magalhães, Função social da propriedade e meio-ambiente - princípios reciclados, in Antônio Herman V. Benjamin (coordenador). Dano Ambiental: Prevenção. Reparação e Repressão, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 150).

²² Basta lembrar que a Constituição italiana, ao prever, expressamente, a função social da propriedade: o faz apenas com o intuito de torná-la acessível a todos, sem qualquer

Mais especificamente, no contexto rural, bem reduzida ficou a ambigüidade conceitual na Constituição, mazela que, até hoje, mantém como refém a noção geral de função social da propriedade. Para o campo, a "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente",²³ pressupostos do cumprimento da função sócio-ambiental, encontram "parâmetros objetivos e definidos no âmbito da própria legislação",²⁴ ou seja, nas normas ambientais.

A função social da propriedade, já vimos, legitima certas interferências legislativas, administrativas e judiciais; na ausência de sua previsão constitucional expressa, tais atuações estatais poderiam, em tese, caracterizar desapropriação (direta ou indireta), exigindo, pois, indenização. No entanto, adotado e prestigiado o instituto como foi pela Constituição, nada é devido quando o Estado age na direção do mandamento constitucional. Descabido impor ao Poder Público a proteção do meio ambiente (podendo-se falar, inclusive, "em responsabilidade do Estado se este se omitir em sua competência-dever de zelar pelo meio ambiente")²⁵ e, ao mesmo tempo, obrigá-lo a indenizar, por mover-se no estrito cumprimento de seu dever maior.

8. A regra geral: a obrigação de resguardar o meio ambiente não infringe o direito de propriedade, não ensejando desapropriação

Exceto quando impede, por inteiro, o uso da integralidade da propriedade, a proteção do meio ambiente, então, nada tira do proprietário privado que antes ele fosse detentor, pois não se pode ofender aquilo que nunca existiu. Guardadas as devidas proporções, é

intenção de proteger o meio ambiente natural (Giampiero di Plínio, *Diritto Pubblico dell'Ambiente e Aree Naturali Protette*, Torino, Utet, 1994, p. 8).

Mais precisa e completa que a nossa, só a Constituição colombiana, de 1991, que determina: "La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, lê es inherente uma función ecológica" (art. 58).

²³ Constituição Federal, art. 186, inciso II.

²⁴ Maria Luísa Faro Magalhães, *Função social...* cit., p. 151.

²⁵ Lúcia Valle Figueiredo, *Disciplina Urbanística da Propriedade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 15.

como se o direito de propriedade equivalesse ao corpo humano e a proteção do meio ambiente, a um de seus órgãos vitais: sem um, o outro não sobrevive. O controle da degradação ambiental conforma "o próprio perfil do direito de propriedade".²⁶

No Brasil, não há um direito de propriedade que confira ao seu titular a opção de usar aquilo que lhe pertence de modo a violar os princípios hoje estampados nos arts. 5, 170, inciso VI, 184, par. 2, 186, inciso II, e 225, todos da Constituição Federal. A propriedade privada, nos moldes da Lei Maior vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada e comedida, onde se submete a uma ordem pública ambiental:²⁷ essa a principal repercussão dos dispositivos constitucionais acima referidos. Como ensina Eros Roberto Grau, diante da manifestação expressa da nossa Constituição, o "debate que, no regime constitucional anterior, nutria-se em torno da possibilidade de integrar-se a proteção ambiental no âmbito da função social da propriedade resulta agora superado".²⁸

É por isso que, por princípio, pode — e deve, já que se encontra constitucionalmente obrigado — o Estado restringir a utilização da propriedade, determinando a interdição de atividades e destruição ou demolição de obras que estejam em desconformidade com a regulamentação ambiental, inexistindo qualquer dever de compensar o proprietário-infrator. Ao afirmar "que a 'função social da propriedade' é princípio basilar da ordem econômica e social, a Carta do País deixou explícito que a propriedade e que, portanto, todas as suas expressões naturais — o uso, o gozo e a disposição do bem — não só podem, mas devem, ser regulados de maneira tal que se assujeitem às conveniências

²⁶ Lúcia Valle Figueiredo, *Disciplina...* cit., p. 13.

²⁷ Cf., sobre o tema da ordem pública ambiental, Michel Prieur, *Droit de l'Environnement*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 57-58 .

²⁸ Eros Roberto Grau, *Proteção do meio ambiente (caso do Parque do Povo)*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 707, abril de 1994, p. 250.

sociais e que se alinhem nesta destinação, de tal modo que a propriedade cumpra efetivamente uma função social".²⁹

Na equação ambiente-propriedade, a complexidade da questão posta, então, não reside, abstratamente, no poder conferido ao Estado para regradar o uso dos bens privados, mas nas fronteiras concretas dessa incumbência, que deflui da Constituição Federal.

9. Desapropriação indireta, Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal. Considerações gerais

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

a) aniquilar o direito de exclusão (dando ao espaço privado fins de uso comum do povo, como ocorre com a visitação pública nos Parques estatais);

b) eliminar, por inteiro, o direito de alienação;

c) inviabilizar, integralmente, o uso econômico, ou seja, provocar a total interdição da atividade econômica do proprietário, na completa extensão daquilo que é seu. Nessas três hipóteses, o domínio, mediante justa indenização, há que passar para o Estado, sofrendo este o encargo daquela, como consequência de, por ato seu, nas expressões apropriadíssima do Ministro Celso Mello, "virtualmente esterilizar, em seu conteúdo essencial, o direito de propriedade".³⁰

Diferentemente, não cabe indenização, *tout court*, quando o Poder Público, procedendo em conformidade com o suporte constitucional

²⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, Novos aspectos da função social da propriedade no direito público, in Revista de Direito Público, v. 20 (84), out./dez. 1987, p. 42.

³⁰ Recurso Extraordinário n. 134.297-8 - SP - Rel. Min. Celso Mello - v. u., j. 13.6.95, Lex 207, p. 142.

da função sócio-ambiental, regradar a forma do uso, privilegiar - ou mesmo interditar — usança em detrimento de outras.

A Constituição não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de todos os usos possíveis e imagináveis de sua propriedade. De outra parte, nenhum imóvel, especialmente os rurais, tem, como única forma de utilização, a exploração madeireira ou o sacrifício integral de sua cobertura vegetal, remanescendo apenas a terra-nua (ou, melhor, a terra arrasada!). Só muito excepcionalmente, no mundo atual — com seu crescente mercado de plantas ornamentais, piscicultura, essências e ecoturismo —, vamos nos deparar com áreas em que a única possibilidade de exploração é o desmatamento integral e rasteiro, como forma de viabilizar a agricultura e a pecuária.

Além disso, se é certo que a ordem jurídica reconhece ao proprietário o direito de usar sua propriedade, nem por isso assegura-lhe, sempre e necessariamente, o melhor, o mais lucrativo ou mesmo o mais aprazível uso possível. No caso da propriedade rural, o "direito de exploração econômica" só é chancelado quando respeita o meio ambiente, nos termos dos arts. 170, inciso VI, 186, inciso II, e 225, todos da Constituição Federal. É com base no mesmo art. 170 que o legislador limita a construção de edifícios, condomínios e loteamentos, proíbe a usura, regradar a relação locatícia, chegando mesmo a negar o importantíssimo direito de alienação (p. ex., na venda ao tutor) e restringe o direito de testar.

Em todas essas hipóteses de regramento ou até confinamento de usos, não se cuida, é claro, de supressão (= desapropriação) do direito de propriedade, pois não desaparece a totalidade do valor econômico,³¹ das prerrogativas ou dos atributos da dominialidade. Como já notavam os

³¹ No caso da Sena do Mar, p. ex., quantos dos imóveis objeto das inúmeras desapropriações indiretas não encontrariam — se anunciados — comprador entre toda uma classe de "yuppies", hoje mais interessados em sossego, verde e equilíbrio ambiental do que em exploração agrícola ou madeireira?

clássicos, não caracteriza "desapropriação a medida que apenas, no interesse público, vede certo uso do bem, ou se inclua em direito de vizinhança".³² Vale dizer, inexistente, nesses casos, "apossamento administrativo, que pressupõe ocupação pelo Poder Público".³³

10. As Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal

O Código Florestal estabelece o regime nacional de utilização sustentável dos solos com cobertura florestal, enxergadas as florestas, vivos, como "bens de interesse comum a todos os habitantes do País".³⁴

Também já fizemos referência ao fato de que a lei traz dois instrumentos (principais de salvaguarda ambiental, que, na sua fundamentação ecológica e jurídica (constitucional e infraconstitucional), não se confundem.

É bom lembrar que o Código Florestal de 1934 já estabelecia áreas especialmente protegidas, ao classificar as florestas em quatro categorias principais: protetoras, remanescentes, modelo e de rendimento. As atuais APPs inseriam-se, em larga medida, na modalidade de florestas protetora,³⁵ exatamente o que ainda, ontologicamente, são, já que têm por objetivo proteger o solo e regime hídrico do imóvel, no interesse direto do próprio proprietário.

10.1 As Áreas de Preservação Permanente

O primeiro desses institutos é a Área de Preservação Permanente (APP), que, como sua própria denominação demonstra — é área de "preservação" e não de "conservação" —, não permite exploração econômica direta (madeira, agricultura ou pecuária), mesmo que com manejo. A APP tem duas espécies:

³² Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, tomo V (arts. 153, par. 2. - 159, 2a. edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 425.

³³ Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação n. 205.532-2/0, comarca de Iguape, rel. Des. Breno Guin Iarães, j. em 8.3.93,

³⁴ Código Florestal, art. 1, caput.

³⁵ Decreto n. 23.793/34, arts. 3 e 4.

a) APPs *ope legis* (ou legais), chamadas como tal porque sua delimitação ocorre no próprio Código Florestal). Vêm previstas no art. 2º, do Código Florestal, incluindo, p. ex., a mata ciliar, o topo de morros, as restingas, os terrenos em altitude superior a 1800m; e,

b) APPs administrativas, assim denominadas porque sua concreção final depende da expedição de ato administrativo da autoridade ambiental competente³⁶. Têm assento no art. 3º, do Código Florestal, e visam, entre outras hipóteses, evitar a erosão das terras, fixar dunas, formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias.

Alteração legislativa de 1989, equiparou as "áreas de preservação permanente", previstas no art. 2, do Código Florestal, a "reservas ou estações ecológicas".³⁷ Nos termos da Lei n. 6902/81, a União, os Estados e os Municípios só poderão instituir Estações Ecológicas³⁸ "em terras de seus domínios".³⁹ Diversamente, as Reservas Ecológicas podem ser tanto oficiais (= públicas) como privadas⁴⁰, conforme sua titularidade originária.⁴¹

Logo, a Lei n. 6938/81, ao transformar as APPs do art. 2, do Código Florestal em "reservas ou estações ecológicas", o fez da seguinte forma: será "estação ecológica" se e onde a terra for de domínio público;

³⁶ Não se deve olvidar que tais APPs " já são consideradas protegidas desde a edição do Código Florestal. O Poder Público, no caso, limita-se a identificar, demarcar e declarar a proteção de tais regiões" (Paulo de Bessa Antunes, Direito Ambiental, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 1996, p. 208).

³⁷ Cf. art. 18, caput, da Lei n. 6938/81, com a redação trazida pela Lei n. 7804/89.

³⁸ É a Lei n. 6902/81 que define as Estações Ecológicas como aquelas "áreas representativas de ecossistemas brasileiros, destinados à realização de pesquisa básicas e aplicadas de Ecologia, à proteção do ambiente natural e ao desenvolvimento da educação conservacionista" (art. 1, caput).

³⁹ Art. 2.

⁴⁰ A classificação (de pública ou privada), ademais, serve para as unidades de conservação em geral (José Afonso da Silva, Direito Ambiental Constitucional, 2 edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 160). Ou seja, nem toda unidade de conservação é pública.

⁴¹ Conforme estabelece o Decreto n. 89.336, de 31.1.84, "As Reservas Ecológicas serão públicas ou particulares de acordo com a sua situação dominial" (art. 1, par. 2).

ao revés, estaremos diante de "reserva ecológica", na hipótese do terreno ser particular.⁴²

Nas Estações Ecológicas, a titularidade do domínio pertence, de forma obrigatória, ao ente estatal; se, no momento da instituição, estiver em mãos privadas, a área necessariamente precisa ser desapropriada. Em situação diversa, as Reservas Ecológicas aceitam que o dominus continue sendo o particular — mantido com ele o poder de exclusão, disposição e transmissão —, mas a área submete-se a controle ambiental (e nada mais que isso) do órgão federal.⁴³

10.2 A Reserva Florestal Legal

Ao lado das APPs, o Código Florestal prevê uma segunda modalidade de regulação das áreas vegetadas, a Reserva Florestal Legal (arts. 16 e 44) — não confundi-la com Reserva Ecológica — que encontra, de um lado, como fundamento constitucional, a função sócio-ambiental da propriedade, e do outro, como motor subjetivo preponderante, as gerações futuras; no plano ecológico (sua razão material), justifica-se pela proteção da biodiversidade, que, a toda evidência, não está assegurada com as APPs, diante de sua configuração geográfica irregular e descontínua.

A equiparação do art. 18, caput, da Lei n. 6938/81, acima mencionada, (por fazer referência apenas as áreas descritas no art. 2o, do Código Florestal, não vale para a Reserva Legal, que não retira sua previsão desse dispositivo. Por isso mesmo, é impróprio confundir "reserva ou estação ecológica" com "reserva legal". A distinção não é só

⁴² Nesse ponto, o Decreto n. 89.336/84 e a Resolução CONAMA n. 04, de 18.9.85, estão em total desconformidade com o que dispõe o artigo 18 da Lei n. 6.938/81. Assim é porque os dois atos normativos limitam-se a caracterizar como Reserva Ecológica "as formações florísticas e as áreas de florestas de preservação permanente" (art. 1, do Decreto e da Resolução) listadas pelo art. 2, do Código Florestal, não mencionando, como faz o art. 18, da Lei n. 6938/81, que tais fragmentos podem ser também Estação Ecológica.

⁴³ O IBAMA, nos termos do art. 18, da Lei n. 6938/81.

legal. A Reserva Legal é sempre territorialmente limitada, normalmente fixada em 20% (SuL, Leste Meridional, e parte sul do Centro-Oeste brasileiro)⁴⁴ e 50 ou 80% (Região Norte e parte do Centro-Oeste, conforme a fitofisionomia da área)⁴⁵ do imóvel, privado ou público;⁴⁶ por isso mesmo, é indenizável.

11. A indenizabilidade das APPs e da Reserva Florestal Legal

Já observamos que, diversamente, outras unidades de conservação, conforme sua configuração, podem chegar a atingir todo o imóvel, inviabilizando, por inteiro, qualquer forma de exploração econômica, o que gera, evidentemente, dever de indenizar. Não é assim com as APPs e a Reserva Florestal Legal.

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

⁴⁴ Código Florestal, art. 16, a).

⁴⁵ Nos Estados da Região Norte e na parte norte da Região Centro-Oeste, por força do que dispõe a Medida Provisória n. 1511, de 25.7.96, até a presente data ainda não apreciada pelo Congresso Nacional, a Reserva Legal será de 80% nas "propriedades onde a cobertura arbórea se constitui de fitofisionomias florestais" (art. 1). Para as outras tipologias florestais, continua válido o percentual mínimo de 50%.

⁴⁶ Representando, portanto, nos Estados mais ao sul do Brasil, um impacto modesto na relação dominial, quando se considera que, na inexistência de APPs significativas (terreno não-montanhoso, p. ex.), o proprietário terá à sua disposição sempre uma boa parcela de sua propriedade para atividades produtivas.

No caso da Amazônia, o impacto também não é considerável, ao ponto de justificar indenização por desapropriação indireta, principalmente quando se leva em conta a imensidão da região, as dificuldades naturais de exploração, a origem especulativa de grande parte dos títulos existentes e a carência de meios para comercializar o que é produzido.

moderna de propriedade restrita,⁴⁷ restrita, sim, mas nem por isso menos propriedade.

Tanto as APPs *ope legis*, como a Reserva Legal são, sempre, limites internos ao direito de propriedade e, por isso, em nenhuma hipótese são indenizáveis.⁴⁸ Integram a essência do domínio, sendo com o título transmitidas.⁴⁹ Não importam, per se, novamente tomando por empréstimo as palavras do Ministro Celso Mello, "em esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade".⁵⁰ A desapropriação, sabe-se, "priva o particular do bem de que é proprietário";⁵¹ ora, não é isso que se dá com as APPs e Reserva Legal, pois o senhor dessas áreas não deixa de ser o proprietário original, o particular.

Se "desapropriar é retirar a titularidade de alguém",⁵² não se pode falar, como regra, em conduta desapropriante na proteção do meio ambiente (do qual fazem parte as florestas nativas) pela via da Reserva Legal e das APPs, que do *dominus* nada retiram, só acrescentam, ao assegurarem que os recursos naturais — mantidos em poder do titular do direito de propriedade — serão resguardados, no seu próprio interesse (= de sua propriedade) e das gerações futuras, agrupamento que inclui, é bom lembrar, seus descendentes. A regulamentação estatal, em questão, orienta-se pela gestão racional dos recursos ambientais, procurando

⁴⁷ Propriedade restrita é aquela em que algum ou vários dos seus poderes elementares estão, total ou parcialmente, destacados e atribuídos a outrem. No caso das APPs e Reserva Legal, nos termos do art. 225, da Constituição, os atributos ambientais da propriedade, apesar de mantidos em poder do proprietário, por extensão são igualmente conferidos à coletividade e às gerações futuras. Sobre propriedade restrita ou limitada, cf. Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 8a edição, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 88; Silvio Rodrigues, *Ob. cit.*, p. 82.

⁴⁸ No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 388.

⁴⁹ Aliás, o Código Florestal, no caso da Reserva Legal, é expresso, prevendo a vedação de "alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área" (arts. 16, par. 2, e 44, par. único).

⁵⁰ Recurso Extraordinário n. 134.297-8 - SP - Rei. Min. Celso Mello - v. u., j. 13.6.95, Lex 207, p. 141.

⁵¹ Orlando Gomes, *Ob. cit.*, p. 109.

⁵² Pontes de Miranda, *Comentários... cit.*, p. 410.

assegurar sua "fruição futura",⁵³ sem que isso implique, necessariamente, alteração do núcleo da dominialidade.

Já as APPs do art. 3º, de ocorrência raríssima na vida prática, conforme o caso, devem, ser indenizadas,⁵⁴ especialmente quando:

a) lhes faltar o traço da generalidade (afetar um ou poucos proprietários);

b) não beneficiarem, direta ou indiretamente, o proprietário;
e,

c) sua efetivação inviabilizar, por inteiro, a totalidade do único (hipótese raríssima) ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitado, evidentemente, o lapso prescricional, que corre da promulgação do ato administrativo de regência.

A matéria, como se vê, embora confusa do ponto de vista da nomenclatura,⁵⁵ não oferece grandes dificuldades, no quadro da Constituição e da legislação ordinária. Infelizmente (para todos!), não é assim no dia-a-dia dos {tribunais, onde ações desapropriatórias indiretas, ao arrepio dos mais elementares princípios constitucionais e legais, vêm sendo bem sucedidas, condenando-se o Poder Público a indenizar APPs e Reserva Legal, mesmo em ações propostas após a expiração do prazo prescricional (o Código Florestal é de 1965!).

12. Conclusão

⁵³ Paolo Dell'Anno, *Manuale di Diritto Ambientale*, Milani, CEDAM, 1995, p. 90.

⁵⁴ Paulo Affonso Leme Machado, *Ob.cit.*, p. 390.

⁵⁵ Aqui está uma das grandes dificuldades do Direito Ambiental. Muitas de suas normas trazem terminologia e conceitos não-jurídicos, pouco conhecidos pelos juristas (Paulo de Bessa Antunes, *Ob. dt.*, p. 203). Não espanta, pois, que, no âmbito das desapropriações indiretas, os autores usem e abusem dessa fragilidade dos juizes, membros do Ministério Público e Procuradores da Fazenda.

Em síntese, parece-me que, diante dos argumentos acima exposto, as APPs e a Reserva Florestal Legal não são indenizáveis, nos termos do regime jurídico vigente no Brasil.

Inicialmente, não pode o proprietário acionar o Poder Público pleiteando indenização pelo fato de ter o uso e gozo de sua propriedade limitados pela só exigência de manutenção das APPs e Reserva Florestal Legal. Tal vedação decorre não apenas do fato de terem sido ambas instituídas por lei de 1965 (prescrição), como ainda porque as duas, mesmo somadas, não inviabilizam o exercício do direito de propriedade no restante do imóvel.

Finalmente, no âmbito de desapropriação, direta ou indireta, da integralidade do bem, é descabido incluir na indenização a ser paga pelo imóvel o valor das APPs e da Reserva Florestal Legal, já que se caracterizam como limites internos ao direito de propriedade. Conseqüentemente, o cálculo da indenização devida, ao ser reconhecida a desapropriação da totalidade do imóvel, deve descontar a área das APPs e da Reserva Florestal Legal.