



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO**



**PROPRIEDADE PRIVADA FUNCIONALIZADA: o exercício da sustentabilidade
como contraponto ao individualismo proprietário.**

EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
Área de Concentração: Direito Privado

Recife/PE
2010

EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO

**PROPRIEDADE PRIVADA FUNCIONALIZADA: o exercício da sustentabilidade
como contraponto ao individualismo proprietário.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Transformação das Relações Jurídicas Privadas.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo.

Recife/PE
2010

Guilhermino, Everilda Brandão

Propriedade privada funcionalizada: o exercício da sustentabilidade como contraponto ao individualismo proprietário / Everilda Brandão Guilhermino. – Recife : O Autor, 2009.

132 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Propriedade privada - Meio ambiente - Direito fundamental. 2. Direitos fundamentais - Funcionalização - Princípios jurídicos - Estado Social. 3. Propriedade privada - Deveres jurídicos ao proprietário - Sociedade - Meio ambiente. 4. Propriedade - Estado Social. 5. Solidariedade - Ordenamento jurídico brasileiro. 6. Fundamentos da funcionalidade da propriedade privada - Princípio da solidariedade - Função promocional do Direito e a convocação constitucional de uma parceria entre o Estado e o cidadão. 7. Código Civil - Insuficiência - Solução de conflitos ecológicos - Propriedade privada - Linguagem ainda não adaptada aos novos valores ambientais trazidos pela Constituição Federal. 8. Estado de Direito - Propriedade. 9. Propriedade e deveres fundamentais. 10. Direito de propriedade - Direito ambiental - Relação jurídica. I. Título.

342(81)
346.8104

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2010
-017

Everilda Brandão Guilhermino

PROPRIEDADE PRIVADA FUNCIONALIZADA: o exercício da sustentabilidade como contraponto ao individualismo proprietário

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração : Teoria Dogmática do Direito

Orientador: Dr. Paulo Luiz Netto Lobo

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovada

Professora Dra. **Fabiola Santos Albuquerque** (Presidente - UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: F. Albuquerque

Professora Dra. **Maria Luiza Pereira Alencar Mayer Feitosa** (1º Examinadora externa- UFPB)

Julgamento: APROVADA Assinatura: M^{te} Luiza P. de Alencar M. Feitosa

Professora Dra. **Larissa Maria de Moraes Leal** (2ª Examinadora interna - UFPE)

Julgamento: Aprovada Assinatura: Larissa Leal

Recife, 21 de dezembro de 2009.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

À minha mãe, pela certeza inabalável de que vela por mim num espaço-tempo diferente, em algum lugar deste universo.

Agradecimentos

O caminho percorrido para a elaboração deste texto não foi solitário. E aqui presto meus sinceros agradecimentos àqueles que estiveram presentes nesta jornada que tanto me engrandeceu.

A Deus, que por tantas vezes conduziu meus passos, sem que eu mesma percebesse que estava caminhando.

Ao meu orientador, e eterno professor, Dr. Paulo Lôbo, pela honra de poder compartilhar seu conhecimento nas horas de conversa durante a orientação deste trabalho, e ao longo de toda minha vida acadêmica. Minha admiração e minha reverência pelo exemplo de humildade e de competência.

Aos meus pais, que me levaram desde cedo ao caminho do conhecimento. Aos meus irmãos, Fátima, Elenilson, Helenilda e Sandra, que são o melhor de mim, e que vibraram intensamente a cada etapa vencida. Em especial à Genilma, minha cunhada, por me receber em sua casa como uma irmã e de cuidar de mim nos dias mais cansativos de estrada e de estudo. A Tio Moacir, por ter recebido esta filha torta em seu coração e por me acompanhar com tanto cuidado, fazendo o longe ficar perto.

A Marcos Ehrhardt, amigo tão especial, que ao longo da nossa convivência tem sido meu guia e meu exemplo de ética, competência, humanidade e lealdade.

A Eduardo Dantas, pela amizade e companhia sempre presente, seja nos risos, seja nas lágrimas, nas palavras ou nos silêncios.

À Flávia Leão, cujas dúvidas de estudante sempre me levaram a crer que por vezes é o aluno quem mais ensina ao professor. Fico orgulhosa de ser hoje sua amiga e compartilhar sua alegria.

Aos amigos que ganhei durante as aulas, Tatiane Goldhar, Gustavo Andrade e Catarina Oliveira. Vocês fizeram este curso mais colorido, e o caminho, menos árduo.

A Paulo Felisberto e Neide pela revisão deste trabalho e pela amizade sempre sincera e acolhedora.

Aos professores e funcionários da UFPE, em especial Josi, Carminha e Gilka, sempre disponíveis com um sorriso no rosto, cuidando de tantos detalhes de nossa vida acadêmica.

À Faculdade de Alagoas–FAL, nas pessoas de Delza Gitaí, Mônica Suruagy e Cristina Japiassú, pelo apoio incondicional, tão essencial durante o curso. À Erinalva Medeiros pela ajuda na escolha do tema, pelo material de estudo, pela aposta constante no meu sucesso e pelo carinho diário.

Aos autores das obras aqui utilizadas, por construir comigo o conhecimento que hoje tenho. Aos amigos que tanto se alegraram com a minha alegria. A cada leitor deste trabalho, que ao decidir conhecer o resultado do meu estudo, compartilha comigo a incomparável experiência que é o ato de estudar.

Resumo

GUILHERMINO, Everilda Brandão Guilhermino. **Propriedade Privada Funcionalizada: o exercício da sustentabilidade como contraponto ao individualismo proprietário.** 2009. 132 f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O presente trabalho analisa os elos jurídicos existentes entre a propriedade privada e o meio ambiente, tendo como base a concepção de que os direitos fundamentais sofrem uma funcionalização decorrente dos princípios jurídicos corporificados no Estado Social. Nesse contexto, o conceito da propriedade privada, criada pelo Estado Liberal para a satisfação da individualidade do proprietário, se transforma numa propriedade que atrela deveres jurídicos ao proprietário, para com a sociedade e também ao meio ambiente, ao lado dos direitos que lhe são distintos. O princípio da solidariedade, a função promocional do Direito e a convocação constitucional de uma parceria entre o Estado e o cidadão, fornecem os fundamentos da funcionalidade da propriedade privada. Paralelo a isso, percebe-se a insuficiência do Código Civil na solução de conflitos ecológicos frente à propriedade privada, por causa de sua linguagem ainda não adaptada aos novos valores ambientais trazidos pela Constituição Federal.

Palavras-chave: propriedade privada funcionalizada, meio ambiente, solidariedade.

Abstract

GUILHERMINO. Everilda Brandão Guilhermino. **Functionalized Private Property: the sustainability practice as a counterpoint to the owner individualism.** 2009. 132 f. M.A. Thesis – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

ABSTRACT: The present study analyses existing judicial links toward private property and environment under the concept that fundamental rights are subject to a function like approach due to their Social Status embodied judicial principles. In this context private property concept as created by the Liberal State to provide satisfaction to the owner's individuality becomes a property that encompasses judicial duties toward the owner, society and environment as well --beside its distinct rights. The principle of solidarity, the Law's promotional function and the constitutional appeal for a partnership between State and citizens, supply the basis for private property functionality. Parallel to this, one can notice the Civil Code insufficiency means to cope with the solution of private property ecological conflicts, as brought about by the Federal Constitution.

Key words: functionalized private property, environment, and solidarity.

Sumário

Introdução.....	6
1. Homem e natureza: uma relação de liberdade e de propriedade	10
1.1. Uma propriedade de muitos proprietários	10
1.2. A propriedade romana	12
1.3. A Propriedade de homens livres e a construção do individualismo proprietário.....	14
1.4. A propriedade no Estado de Direito	15
1.5. A propriedade e a justiça social	23
2. Propriedade e Deveres Fundamentais: uma relação necessária.....	27
2.1. Propriedade e meio ambiente entre regras e princípios de direito fundamental.....	27
2.2. Direito de Propriedade como direito fundamental. A propriedade como espelho da liberdade.....	31
2.3. Direito ambiental como direito fundamental – uma criação do século XX	36
2.4. Gerações futuras como sujeito de direito	42
2.5. Dos deveres fundamentais	45
2.6. O dever e o princípio responsabilidade na propriedade privada.....	51
2.7. Diálogos entre o direito público e o direito privado.....	55
3. A Propriedade no Estado Social	58
3.1. A concepção de propriedade no Código Civil Brasileiro.....	60
3.2. Dignidade da pessoa humana em sua concepção ecológica e solidária	65
3.3. Da relação jurídica entre Direito de Propriedade e Direito Ambiental. Apenas uma aparente colisão de princípios.....	69
3.4. Função Social da Propriedade em seu aspecto ambiental	73
4. Premissas para uma propriedade mais solidária.....	79
4.1. Cidadania universal: um compromisso do Estado e da sociedade.....	79
4.2. Direito Promocional: uma perspectiva para uma maior eficácia da proteção ambiental.....	87
4.3. A premissa do consumo sustentável.....	97
4.4. Solidariedade intergeracional nos ordenamentos da era moderna	104
5. Propriedade e meio ambiente numa relação solidária.....	109
5.1. Economia, Direito e Ecologia: possibilidades de uma relação harmônica.....	109
5.2. Tecnologias limpas. A harmonia do direito econômico com o direito ambiental.	112
5.3. Princípio da solidariedade aplicado ao direito de propriedade: do proprietário absoluto ao administrador prudente.....	114
5.4. A solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro	117
Conclusão	123
Referências	128

Introdução

O ser humano, dual por natureza, convive desde longínquo tempo com o enfrentamento de valores, crenças, leis e interesses. Tão complexo quanto o ato de decidir pelo amor ou o ódio, o público e o privado, é a escolha entre o justo e o injusto.

No decorrer da História nada se mostrou imune à força do tempo e da tensão permanente das relações sociais. E certamente, uma das figuras mais intensas e interessantes desse cenário é o tema da propriedade. Como surgiu, que valores resguarda, que influência tem exercido sobre as leis, são temas que inquietam tantos estudiosos, desde filósofos até juristas.

O tema se torna ainda mais apaixonante quando se observa a relação que este instituto estabelece com o meio ambiente, especialmente as mudanças de paradigma que tem proporcionado a partir do final do século XX. Do início, quando o ser humano via a natureza como um objeto de conquista cujo objetivo era a satisfação de suas necessidades, até os dias de hoje, em que começa a perceber sua identificação biológica com a natureza, muito se caminhou no desenvolvimento de idéias, conceitos, valores e leis.

E a propriedade, de caráter privado, e submetida apenas ao arbítrio de seu proprietário, deu lugar a uma propriedade funcionalizada, onde o interesse individual se encontra a serviço do interesse da coletividade.

O presente trabalho traz um estudo sobre as relações jurídicas firmadas entre o direito de propriedade e o direito ambiental, tendo como base o enfrentamento que sofrem na esfera constitucional, enquanto direitos fundamentais, cujos efeitos se refletem em toda a legislação de direito privado.

O proprietário que aqui serve de objeto de estudo é aquele que no contexto social brasileiro é capaz de acumular bens, por poucos que sejam, e que está apto a fazer escolhas ambientais no uso de sua propriedade. Não se enfatizou aqui o cidadão cuja condição social, com a total ausência de amparo estatal e ainda longe dos direitos sociais, precisa fazer escolhas diárias entre sobrevivência e sustentabilidade. Este tema, de tão amplo, mereceria um estudo à parte.

O problema ecológico aqui enfrentado é fruto do mal uso da propriedade ao longo dos séculos por parte de sujeitos que alcançaram os direitos sociais e encontram-se no pleno exercício dos direitos individuais. O que se enfoca é justamente a revisão do paradigma da individualidade no exercício da propriedade, usando como bússola o princípio da solidariedade, já cunhado no texto constitucional brasileiro.

Trata-se de observar que fatores históricos, éticos, jurídicos e filosóficos promoveram um alargamento do conceito de patrimônio a partir das demandas trazidas pelo Estado Social, e como este fator promoveu uma ressignificação no conteúdo do direito fundamental da propriedade, a ponto de exigir do proprietário atitudes solidárias para com a sociedade, as gerações futuras e o meio ambiente.

Necessariamente, a tutela constitucional do meio ambiente promoveu novas relações entre o homem e a natureza alterando a histórica relação baseada na apropriação para dar lugar a uma interação equilibrada. O projeto da modernidade, diante da crise ecológica instaurada pela exploração sem limites dos recursos naturais, viu-se obrigado a uma revisão em seus institutos jurídicos encontrando na funcionalização dos direitos fundamentais uma proposta eficaz para o uso racional da propriedade.

E diante de toda a legislação destinada à tutela da propriedade frente aos novos deveres jurídicos impostos pela tutela do meio ambiente, ressalta aos olhos a insuficiência da legislação civil na resolução de conflitos que venham a debater o direito de propriedade em

face do direito ambiental. A linguagem do século XIX, ainda muito arraigada no Código Civil, dificulta a atualização dos institutos e a leitura das categorias gerais sem uma incorporação dos conceitos ambientais elencados na Constituição Federal, atrasando a plena efetividade das normas de proteção do meio ambiente.

No primeiro capítulo deste trabalho apresentam-se as principais formas de propriedade instituídas em diferentes épocas e diferentes povos. Descreve-se a propriedade comum vivida pelos antigos, que em muito se difere da propriedade solidária dos modernos, a propriedade individualizada do Estado Liberal para finalmente analisar a propriedade mais solidária trazida pelo Estado Social.

No segundo capítulo tem-se uma análise da necessidade de uma maior interação entre direitos e deveres dentro do ordenamento jurídico, uma vez que historicamente todas as conquistas sociais se voltaram mais para os benefícios sem dar tanta ênfase às responsabilidades. O exercício da sustentabilidade tem mudado este enfoque na medida que impõe deveres no momento do exercício dos direitos, especialmente os de caráter individual.

No terceiro capítulo enfoca-se a propriedade no Estado Social, apontando as profundas transformações decorrentes da previsão constitucional que agregou à propriedade a função social. A partir deste princípio foi possível construir a noção de responsabilidade econômica, social e ecológica por parte do proprietário.

Partindo-se do conteúdo da dignidade da pessoa humana, a qual possui uma concepção ecológica e solidária no Estado Social, é possível entender o alcance da função social da propriedade em tempos hodiernos, especialmente em seu aspecto ambiental. Por consequência, compreende-se que toda colisão existente entre a propriedade e o meio ambiente é apenas aparente, sendo a limitação do intérprete, e não da lei, que pode vir a impedir a harmonia entre os dois institutos.

No quarto e quinto capítulos, desenvolve-se uma análise sobre as bases filosóficas e jurídicas disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, as quais fundamentam uma nova interpretação por parte dos operadores do Direito, servindo elas de ferramentas úteis frente a uma legislação civil ainda empoeirada pelos valores do Estado Liberal.

O primeiro fundamento é o do direito promocional, uma tese que valoriza o uso do incentivo das boas condutas por parte dos ordenamentos, historicamente tão condicionados a optar pela pena após a conduta indesejada. Esse elemento, associado a uma melhor aplicação do princípio da solidariedade, já solidificado na Constituição Brasileira, torna possível uma parceria entre Estado e sociedade, conduzindo à prática de uma cidadania universal onde o sujeito tenha como foco as consequências mundiais de suas atitudes individuais. As ideias de sustentabilidade trazidas pela tutela do meio ambiente confrontam o proprietário com seus deveres, convocando-o à missão de formar uma sociedade mais justa e mais solidária.

1. Homem e natureza: uma relação de liberdade e de propriedade

1.1. Uma propriedade de muitos proprietários

Falar de propriedade é falar de um instinto tipicamente humano que tem estimulado ao longo dos séculos o acúmulo de riquezas para além das necessidades de sobrevivência. Revendo o passado percebe-se que a história da propriedade iniciou-se com a apropriação humana sobre os recursos naturais, baseado na sua subsistência, para em seguida atingir a transformação desses mesmos recursos, com a finalidade de acúmulo e transmissão. E dessa relação nasceu o direito para definir o que pertence a cada um e qual o limite desse domínio.

A maneira de interação escolhida pelo homem primitivo nas suas relações com a natureza possui bases diametralmente opostas às do homem moderno. Na dinâmica de transformação da natureza há uma evidente conduta pautada na ética e na compensação das perdas naturais. A antropologia relata as moedas atiradas aos cursos de água antes da travessia e as autorizações solicitadas aos espíritos da floresta antes de se proceder às queimadas.¹

Estabelecia-se uma relação divina entre o homem e a terra-mãe, adorada e cultuada. Por consequência, todo produto do trabalho humano agregava-se àquele que o produziu, como se dele fizesse parte, devendo inclusive ser queimado ou enterrado com ele quando de sua morte.²

A religião e a família foram traços marcantes na construção da idéia de propriedade privada, cujo papel só muito posteriormente seria atribuído às leis. O culto aos ancestrais e os sacrifícios em torno do fogo sagrado, davam à família a propriedade sobre o

¹ OST, Fraçois. **A Natureza à Margem da Lei**: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.31.

² LÉVY. Jean-Philippe. **História da Propriedade**. Trad. Fernando Guerreiro. Lisboa: Editorial Estampa, 1973. p. 11-12.

solo onde eles se realizavam. O grupo familiar devia se fixar no lugar onde enterravam seus mortos. A sepultura formava uma união indissolúvel entre a família e a terra, sendo essa relação a razão de seu direito de propriedade.³ Sob esse prisma, era mais fácil conceber a idéia de que o corpo poderia ser garantia de uma dívida, mas nunca a propriedade, já que esta pertencia a toda a família, e não ao sujeito isolado.

Curioso é o fato de que a titularidade das terras era atribuída à família, na qualidade de depositária, já que a propriedade em si pertencia aos mortos e aos que iriam nascer, um conceito de solidariedade transgeracional bastante diferente da que praticamos na era moderna.

Na idade média, paralelo à estrutura de feudos, existiu uma outra forma de propriedade, fundamentada na solidariedade. Uma propriedade simultânea que não era ligada a um senhor, e sim ligada à idéia de cooperação mútua e de valorização das terras incultas.⁴ O pressuposto básico era a idéia cristã de que Deus era o único proprietário. O chefe da família era então mero depositário de uma terra, explorando-a no seio de sua família, já que sua propriedade pertencia às gerações futuras. O sentido maior que recaía sobre a coisa era o de fruição, no lugar do direito de disposição.⁵

Importante ressaltar que já nessa época existiam regras para o uso e exploração dos recursos naturais. Na região dos pólderes flamengos havia condicionamentos para a manutenção de diques e regularização do regime das águas. Nas florestas comunitárias não eram possíveis as atividades que lhe retirassem a sua forma essencial e em certos assuntos a interdição era total, a exemplo da proibição de exploração em bosques antigos.⁶

³ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Edson Bini. 4 ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 57-58.

⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.64.

⁵ OST, François. **A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 55.

⁶ Id., p.58.

É de Grócio a construção de um direito sobre a propriedade comum no domínio do comércio marítimo internacional, uma base importante para as apostas comerciais das nações atlânticas sobre as descobertas do chamado novo mundo. Grócio chega a defender a legitimação da violação da propriedade individual sempre que se instalar o estado de necessidade daquele que a usurpa, ressaltando o dever de restituição tão logo se extinga a causa que a originou. Menciona ainda a co-utilização da propriedade entre estranhos, desde que não haja prejuízo. Daí deduz o uso comum de correntes de água, o direito de livre passagem sobre a terra e o direito de asilo dos indivíduos expulsos.⁷

1.2. A propriedade romana

A concepção de propriedade dos romanos, em virtude da clareza de percepção e de organização jurídica, foi um modelo para todos os ordenamentos surgidos posteriormente, especialmente na era moderna.

O estrangeiro não podia exercer domínio em terras romanas, somente o legítimo cidadão romano podia ser proprietário. Era a propriedade quiritária. Partia-se do princípio de que somente os homens pertencentes à cidade poderiam cultuar seus deuses, e somente a estes poderiam se conferir a titularidade de bens. Permitir a propriedade de um estrangeiro, era conferir-lhe parte do solo sagrado, algo repugnado à época.

Ao proprietário era permitido o direito de “*usufructus*” e de abuso sobre a terra. Um traço marcante era a clara distinção entre posse e propriedade, o que conferiu uma certa dinâmica ao instituto. Este povo concebeu ainda duas formas de aquisição da propriedade privada: a ocupação e a conquista. Cícero chegou a afirmar que a propriedade não consiste em um direito natural, mas algo decorrente da sociedade. Por esta razão, a cidade deveria garantir

⁷ WIEACKER, Frans. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A.M.Botelho Hespanha. 3 ed. Fundação Calouste Gulbenkian. 1980. p. 329.

a cada um a proteção sobre seus bens.⁸ Eis as bases para a construção de um direito de propriedade calcado na individualidade e sem compromisso para com a coletividade.

A primeira formação social romana, as *gens*, que juntas formavam as *fratrias*, mantinham rígidas leis sobre a propriedade. Dada a vigência do direito paterno, os descendentes femininos eram excluídos da herança. Em nenhuma hipótese a propriedade saía das *gens*.⁹

Nessa fase, o trabalho era bem distinto entre homens e mulheres. Os primeiros, iam à guerra, conseguiam o alimento e produziam os instrumentos necessários ao trabalho. As segundas, cuidavam da casa e dos filhos, cozinhavam e cosiam. As casas, hortas e canoas eram propriedade comum. A propriedade, portanto, era advinda apenas do trabalho pessoal.¹⁰

Posteriormente, já com a formação do Estado os direitos concedidos aos cidadãos eram determinados de acordo com suas posses. A fortuna do cidadão estava sempre à disposição do Estado. Em caso de necessidade deveria ele ceder jóias, renunciar a créditos ou mesmo entregar o azeite fabricado.¹¹

A Lei das XII Tábuas contemplou inúmeros institutos, e entre eles, a propriedade, tornando-se um marco para o direito público e o privado. Com ela a propriedade passa a ser do indivíduo, e não mais das *gens*, e atribui-se ao proprietário o direito de dispor de seus bens por testamento.

⁸ LÉVY, Jean-Philippe. **História da Propriedade**. Trad. Fernando Guerreiro. Lisboa: Editorial Estampa, 1973. p. 42.

⁹ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Trad. José Silveira Paes. São Paulo: Global, 1984. p. 170.

¹⁰ Id. p. 214.

¹¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Edson Bini. 4 ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 184.

A sistematização produzida por Justiniano deu ao instituto da propriedade o caráter exclusivo e perpétuo, revelando a plenitude do individualismo. O proprietário passa a ser o senhorio absoluto, e seu direito recai diretamente sobre a coisa.¹²

1.3. A Propriedade de homens livres e a construção do individualismo proprietário.

A história da propriedade se confunde com a história da humanidade. O poder de controle e transformação dos recursos naturais, que deu ao indivíduo a capacidade de acumulação de bens, é que o retiraram da barbárie, dando início à civilização. Paradoxalmente, também lhe proporcionou as desigualdades registradas na história, conseqüências da luta pelo poder e pelas guerras de conquista. Nas palavras de Rousseau, “o primeiro que tendo cercado um terreno se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil.”¹³

Do conceito de propriedade, nasce, na concepção de Rousseau, a primeira idéia de justiça, pois segundo ele “da cultura das terras resulta necessariamente a sua partilha, e da propriedade, uma vez reconhecida, as primeiras regras de justiça: porque, para dar a cada um o seu, é preciso que cada um possa ter alguma coisa”.¹⁴

Quase que naturalmente, a propriedade foi se tornando um critério valorativo no meio social ao longo do tempo, permitindo ao sujeito proprietário o reconhecimento de um destacamento entre seus pares. Quem mais acumulasse bens mais poder teria perante os demais. Nesse contexto, adverte Rousseau que o acúmulo de provisões para além das necessidades fez desaparecer a igualdade, fazendo nascer a propriedade e a necessidade do trabalho. Como consequência, cresceram as colheitas a miséria e a escravidão.¹⁵

¹² ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de Propriedade e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 26.

¹³ ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Martin Claret, 2005. P. 61.

¹⁴ Id. p. 69.

¹⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 68.

A sistematização realizada por Justiniano conferiu ao instituto da propriedade as características de senhorio absoluto, exclusivo e perpétuo, revelando a plenitude do individualismo¹⁶. Bobbio chega a afirmar que historicamente a propriedade sempre foi mais protegida que os homens:

Quando muito, pode-se dizer que a proteção da liberdade pessoal veio depois do direito de propriedade. A esfera da propriedade foi sempre mais protegida do que a esfera da pessoa. Não seria necessária uma norma da Declaração para proclamar a propriedade como direito sagrado e inviolável. Mesmo nos Estados absolutos, a segurança da propriedade foi sempre maior do que a segurança das pessoas.¹⁷

Outro pensador da era moderna, John Locke, defendeu que a propriedade é um direito natural de todo aquele que consegue delimitar um espaço e sobre ele desferir seu esforço. Não é necessário, portanto, a autorização dos demais membros da comunidade para que se dê tal apropriação, pois ela se dá por uma lei natural. O trabalho fundamenta o direito de posse. Nasce assim, segundo ele, a propriedade privada.

Daí se vê que dominar ou cultivar a terra e ter domínio estão intimamente relacionados. Um deu direito a outro. Assim, a ordem de Deus para dominar concedeu autoridade para a apropriação; e a condição da vida humana, que exige trabalho e material com que trabalhar, necessariamente introduziu a propriedade privada.¹⁸

O sujeito racional e livre era o centro do universo, e num contexto perceptivo onde uns eram mais importantes que os outros, a propriedade servia para comprovar essa posição privilegiada. Como consequência surgiu a necessidade da criação de um Estado que garantisse o direito pleno a uma propriedade que seria o reflexo da liberdade do homem.

1.4. A propriedade no Estado de Direito

Três foram os valores básicos que motivaram a criação do Estado de Direito: liberdade, igualdade e fraternidade. Dessa tríade eclodiu a Revolução Francesa e nunca mais o mundo fora como antes. Mas para entender a importância desse movimento revolucionário é

¹⁶ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de Propriedade e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 26.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 112.

¹⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 42.

preciso entender quem era o indivíduo desse tempo e que anseios guardava para si e para a sociedade. Só assim é possível entender as premissas que levaram a propriedade à categoria de direito sagrado e absoluto.

O homem do século XVIII vivia no absolutismo, um modelo estatal que não permitia a sua participação na política, sendo esta assunto de Estado privativo do monarca. Christopher W. Morris explica que o termo “política” era algo tão distante dos homens comuns que só veio a ser absorvido pelo vocabulário dos governantes a partir do século XIII.¹⁹

Tal posicionamento encontrava esteio no pensamento de Hobbes, o qual fundamentou a separação entre moral e política.

Hobbes introduz o Estado como uma construção política em que as convicções privadas são destituídas de sua repercussão política. No direito constitucional de Hobbes, as convicções privadas não encontram nenhuma aplicação às leis; as leis não são aplicáveis ao soberano. O interesse público do Estado, sobre qual somente o soberano tem o direito de decidir, não compete mais à consciência. A consciência, da qual o Estado se separa e se aliena, transforma-se em moral privada: “*Autorictas, non veritas, facit legem*” [“É a autoridade, e não a verdade, quem faz as leis”]²⁰

No Estado Absolutista havia pouco espaço para o indivíduo exercitar suas reflexões, especialmente as de cunho moral. Nesse palco não se pode ver a atuação de um sujeito autônomo e consciente de seu papel na coletividade. Foi o pensamento de Locke que propôs uma reunião entre os conceitos de moral e política. Sua teoria instigou o indivíduo a uma revisão na perspectiva desses dois conceitos.

À medida que tanto o monarca como o súdito deveriam se submeter ao mesmo padrão moral, inevitável era o desejo de reposicionamento do sujeito em relação a esse mesmo monarca. Inevitável também que se exigisse do soberano o reconhecimento de

¹⁹ MORRIS, Christopher W. **Um Ensaio sobre o Estado Moderno**. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005. p. 63.

²⁰ KOSELLECK. **Crítica e Crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 2006. p. 31.

direitos. O primeiro deles tratava-se da participação do cidadão nas questões de Estado. E nesse aspecto imprescindível era o reconhecimento do direito à liberdade.

O conceito de súdito deu lugar ao conceito de cidadão, encontrando seu pilar nas teorias de Jean Jacques Rousseau. Enquanto o súdito é submisso ao monarca e não lhe é permitido participar das decisões estatais nem ter direitos perante o Estado, o cidadão é parte integrante do Estado e sua participação direta é essencial, posto que dessa nova relação nascerão os direitos e deveres que regerão a sua vida.

Embora Rousseau tenha influenciado substancialmente os intelectuais responsáveis pela Revolução Francesa, sua idéia sobre a propriedade não prevaleceu. Para o filósofo genebrino a desigualdade entre os homens tornou-se estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e das leis.²¹ O “século das luzes” concebeu a propriedade como direito absoluto, exercida nos interesses exclusivos e ilimitados do proprietário. “A livre disposição é sinal de verdadeiro domínio. Ela consagra o direito de abusar da coisa, ao ponto de a deixar deteriorar ou mesmo de a destruir.”²² E os bens naturais não fugiram desse poder de domínio sobre as coisas, como bem atesta Guilherme de Figueiredo:

Com o Código de Napoleão temos, concretamente, as bases do processo continuado da privatização de todo o conjunto da natureza, perpassando pela propriedade imobiliária até alcançar a propriedade intelectual. Terras, plantas, animais, água e até mesmo modos de fazer tornam-se propriedade privada e, por consequência, seu uso comum se esvai.²³

O reconhecimento da situação subjetiva de cidadão liberta o homem do Estado, que deixa a condição de seu soberano para seu protetor. Com isso passa a ter o poder de estabelecer relações jurídicas tanto com Estado quanto com seus pares num patamar de liberdade e dignidade.

²¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Martin Claret, 2005.p. 87.

²² OST, François. **A Natureza à Margem da Lei**: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.53.

²³ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.66.

Esse novo paradigma permite ao indivíduo a construção de uma nova identidade. Há uma transformação na sua passividade perante a natureza das coisas e o seu primeiro alvo de desejo foi o Estado. O indivíduo burguês, senhor de riquezas era ávido de poder. Era preciso participar das decisões políticas e exigir do soberano a mesma identificação moral aplicada ao súdito era um sinal dos novos tempos e dos novos conceitos.

Não obstante o desejo de novos tempos, a identidade do indivíduo ainda estava atrelada aos conceitos da Idade Média, os quais centralizavam na religião as regras da vida privada.

A Cristandade também criou uma identidade comum (para usar nosso termo) aos europeus medievais. Embora a maioria das pessoas tivesse múltiplas identidades, baseadas no local, descendência, classe, interesses e assim por diante, Mann argumenta que o “mais poderoso e amplo senso de identidade social era o cristão... a identidade cristã proporcionava tanto uma humanidade comum, como uma estrutura no lugar das divisões comuns entre os europeus.”²⁴

Rousseau refletiu sobre esse conflito e sua crítica não se limitou ao Estado, indo ao próprio cidadão. Para ele a vontade geral deveria ser o grande soberano, mas esclarece que o povo não conhece sua verdadeira vontade, precisando de líderes para conduzi-los pelo caminho do bem. E se há uma cisão necessária entre moral e política, tanto os líderes como os cidadãos estão sujeitos às regras morais estabelecidas pela vontade geral.

O súdito transforma-se em cidadão, mas Rosseau de modo algum eliminou a diferença entre homem e cidadão, pois todo homem vive na má consciência em relação ao que ele é verdadeiramente enquanto cidadão. A “vontade geral” tem sempre razão, enquanto tal, está sempre espreitando a vida privada do cidadão soberano, por sobre seus homens”²⁵

Essa idéia de homem ativo politicamente traz a concepção de “sujeito de direito” e a partir deste conceito estabelece-se padrões de conduta, criam-se regras de comportamento e modifica-se diametralmente valores e julgamentos. Portanto, tal conceito merece uma análise

²⁴ MORRIS, Christopher W. **Um Ensaio sobre o Estado Moderno**. Trad. Sylmara Beletti. Landy. São Paulo, 2005.p.63.

²⁵ KOSELLECK. **Crítica e Crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 2006. p. 144.

mais apurada, através de elementos históricos e filosóficos que auxiliem um entendimento sobre sua formação e suas conseqüências para a construção do Direito.

E tudo começa com a reflexão sobre si mesmo e sobre as possibilidades do conhecimento humano diante da natureza que o cerca. Para Rousseau a primeira vez que o ser humano olhou para si mesmo foi ainda no seu estado de natureza, ao perceber suas qualidades nas questões essenciais à sua sobrevivência, como a luta com outros animais ou a astúcia no desenvolvimento de instrumentos que facilitasse a busca de alimentos.

E assim, o primeiro olhar que lançou sobre si mesmo lhe produziu o primeiro movimento de orgulho; assim, mal sabendo ainda distinguir as ordens e contemplando-se como o primeiro por sua espécie, preparava-se já para pretender o mesmo como indivíduo.²⁶

Esse olhar para si mesmo foi importante para a construção de um sentimento de individualidade do ser humano, um ponto de partida importante para se evoluir até o conceito de sujeito de direito. Nessa seara, o humanismo foi um marco importante para dar impulso às reflexões do homem moderno sobre seus limites e possibilidades.

A Filosofia moderna iria, assim, desenvolver-se cada vez mais como uma crítica do conhecimento. O homem moderno, antes de filosofar sobre a natureza ou sobre o ser, indagou das possibilidades de seu próprio conhecimento.²⁷

O iluminismo renascentista promoveu uma ressignificação da relação entre três elementos fundamentais para a formação dos Estados: o homem, a natureza e a propriedade. E a partir desse momento conduziu-se de forma diferente a interação entre o sujeito e o Estado que o governa.

A natureza passa a não ser vista como um objeto em si, mas como possibilidade de experiência, submetida à razão humana. Ao falar sobre a forma como Kant modifica o ponto de vista em relação à possibilidade do próprio conhecimento, Maurício Keinert, afirma que

²⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

²⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46.

[...] na medida em que este não se baliza mais a partir dos seus objetos, mas por meio de princípios *a priori* da razão, o próprio conceito de Natureza sofre uma inflexão. Esta não é mais compreendida como um conjunto de leis e regras orientadas pela razão, mais especificamente, pelo entendimento.”²⁸

O pensamento filosófico de Kant leva ainda ao questionamento sobre os fins práticos da razão. Segundo Pedro Pimenta,

[...] num derradeiro lance de arrojo, Kant dirá que o interesse especulativo da razão só pode ser satisfeito em termos práticos. Isso quer dizer que as idéias da razão são forçadas para dar conta daquilo que é mais importante para o homem: efetivar suas ações no mundo real de modo a imprimir nelas um sentido moral.²⁹

Toda essa discussão sobre as possibilidades do conhecimento humano foi apenas o início de profundas modificações no pensar e especialmente no agir do homem moderno. A teoria kantiana era a base que fundamentava a autonomia do ser humano, justificando suas escolhas. O sujeito autônomo era livre e possuía discernimento suficiente para contrair obrigações e para escolher o melhor destino para sua propriedade.

Kant, contrário a todos os inatismos, admite no homem algo de inato – *a liberdade*. Ser homem é ser livre, existindo no homem, portanto, o poder de acordar o seu arbítrio com o dos demais, segundo uma lei geral de liberdade. O contrato aparece em Kant como uma condição *transcendental*, sem a qual seria impossível a experiência mesma do Direito. O conceito de contrato torna possível a experiência jurídica: - donde a sua definição do Direito como “o conjunto das condições mediante as quais o arbítrio de cada um se harmoniza com os dos demais, segundo uma lei geral de liberdade.”³⁰

A Revolução Francesa apontava para os novos tempos e um novo Estado legitimou esse espírito de liberdade: o Estado Liberal. O sujeito, fortalecido internamente com a consciência de sua racionalidade e de sua liberdade, valorizava ao extremo a autonomia da vontade e sua capacidade de constituir por si mesmo as regras de conduta que iriam seguir

²⁸ KEINERT, Maurício. **O Conhecimento em Kant: limites da experiência**. Rev. Mente.Cérebro & Filosofia: fundamentos para a compreensão contemporânea da psique. 3ª ed. São Paulo: Ediouro, 2008. p. 20-25.

²⁹ PIMENTA, Pedro Paulo Garrido. **Kant e a revolução copernicana: a razão reflete sobre si mesma**. Rev. Mente.Cérebro & Filosofia: fundamentos para a compreensão contemporânea da psique. 3 ed. São Paulo: Ediouro, 2008. p. 14-19.

³⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 650-651.

através dos pactos que viesse a firmar. Esse ideal buscava respaldo na teoria kantiana sobre a liberdade como o único direito natural do homem.

Liberdade (independência de arbitrariedade coercitiva proveniente de outrem), na medida em que possa coexistir com a liberdade de todos os outros com base em uma lei geral, é o único direito original conferido a todo ser humano em virtude de sua natureza humana³¹

O conceito de liberdade exprime um valor e externa uma convocação ao indivíduo a compartilhar emotivamente de seu conteúdo. E justamente por ser um valor é lido de forma diferente em cada sociedade e em cada época. No Estado Liberal, conforme ressalta Fabíola Albuquerque, “o direito à propriedade privada, atrelada à idéia de liberdade, tem uma conotação tão marcante com a pessoa que é tida como corolário da própria personalidade”.³²

O art. 4º da declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789 menciona que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não encontra outros limites além daqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”.³³

A primeira conotação de liberdade do Estado de Direito estava adstrita à relação mantida entre o indivíduo e o Estado. A concepção liberal clássica expõe que os direitos de liberdade são direitos a prestações negativas por parte do Estado, no dever de não-intervenção na esfera de direitos. Isso se dava porque naquele momento histórico, a imagem do Estado refletia sentimentos de temor e opressão, sendo ele o maior inimigo da liberdade do homem.

Os novos tempos que estabeleceram o Estado Liberal cristalizaram o conceito de homem livre, garantindo-se a não intervenção do Estado nas questões privadas. Este deveria proteger as liberdades, no lugar de inibi-las. E o espírito da liberdade encontrou assim seu primeiro espelho: a propriedade.

³¹ KANT *apud* ALEX Y. p. 371.

³² ALBUQUERQUE. Fabíola Santos. **Direito de Propriedade e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p.28.

³³ ALEX Y, Robert. *Constitucionalismo Dicursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 371.

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.³⁴

A propriedade é um dos bens jurídicos mais vinculados à individualidade do ser humano. Em épocas históricas diferentes, a relação do sujeito com os bens que conseguia acumular e os valores atrelados a essa relação foram o ponto de partida para a construção de normas que regulam grande parte dos interesses que agregam a vida do ser humano. Fala-se aqui da construção do Direito Privado.

A revolução francesa proporcionou uma mudança radical de paradigma nos valores humanos e a propriedade foi um dos focos do exercício do direito de liberdade, e ainda um dos pilares da nova era que se iniciava. A idéia Kantiana de autonomia da vontade, decorrente do poder de autodeterminação do indivíduo, permitiu a livre disposição do patrimônio e conseqüentemente toda uma legislação liberalista aplicável à propriedade, especialmente quando essa era objeto dos contratos.

[...] essa constante doutrinária de sua filosofia do Estado, a saber, o básico e relevante papel conferido à propriedade, como fundamento do governo e da sociedade, ou como direito que não tolera a mínima lesão, e cuja defesa ele coloca no consentimento de seus titulares, compondo assim, a medula de uma concepção, que decisivamente influi no ânimo dos constituintes franceses de 1791, e por conseguinte, no célebre texto que declarou a propriedade “direito inviolável e sagrado” (art. 17 da *Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão*, contida na Constituição francesa de 3 de setembro de 1791)³⁵

O novo contexto social trazido pelo Estado Liberal, e por sua idéia de liberdade como preceito fundamental, gerava a concepção de progresso, uma vez que a revolução de

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Ano 36. n° 141. jan-mar 1999. p.111.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.168.

conceitos inevitavelmente estaria conduzindo a humanidade para um caminho de desenvolvimento.

Produziu-se – na França revolucionária isso foi muito rápido – uma batalha em torno de conceitos; o controle da linguagem se tornou tanto mais urgente quanto maior o número de pessoas que precisavam ser atingidas. Com esse desafio ao controle da linguagem – portanto, também ao controle da consciência e do comportamento – modificou-se a estrutura temporal interna dos conceitos.³⁶

O conflito da racionalidade instalado no Estado Absolutista teve como alvo a relação entre moral e política culminando com o conceito de cidadania. No Estado de Direito esse conflito se estabeleceu sobre a propriedade, numa relação direta com a ideia de liberdade, ou de cidadão livre.

É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.³⁷

O direito de propriedade disposto no Código Civil de Napoleão limitou-se a fixar a destinação da riqueza a um fim individual, resguardando a simbiose entre liberdade e propriedade tão defendida pelo liberalismo francês. Cabia unicamente ao proprietário determinar os fins de sua propriedade, incluindo o direito de nada produzir ou construir.

1.5. A propriedade e a justiça social

A liberdade do Estado liberal mostrou a desproporção das relações jurídicas dela decorrentes e trouxe a necessidade de se agregar novos valores aos então vigentes, posto que o exercício da liberdade levou à exploração da vontade livre. Nascia assim o Estado Social, com um sistema de freios e contrapesos aos valores liberais. O Estado passou a intervir nas relações de caráter privado e a pessoa humana passou a receber tutela especial do Estado. A

³⁶ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 2006. p.300.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.20.

propriedade, embora ainda enormemente valorizada, recebeu limites sobre o conteúdo dos direitos a ela inerentes.

As primeiras constituições não se preocuparam com a regulamentação das relações privadas, cumprindo sua função de comportar-se como Estado mínimo. Somente com o advento do Estado Social é que se vislumbrou novos paradigmas, especialmente nas relações obrigacionais. Importante enfatizar que não se abandonou os princípios do Estado Liberal (a exemplo da autonomia da vontade, obrigatoriedade e relatividade dos contratos), mas tão somente se agregou novos adjetivos, aperfeiçoando os princípios na promoção da justiça social (agregou-se a boa-fé, a função social e a equivalência material).

Os novos tempos trazem em seu ventre a necessidade de nova revisão de conceitos, afinal, o direito individual ainda é valor normatizado e de primeira ordem, mas já não é mais possível pensá-lo sem seu reflexo no corpo social. Uma realidade caracterizada pela massificação dos meios de comunicação, mundialização da economia e pela perplexidade diante dos avanços científicos e tecnológicos configura uma crise sem precedentes dos modelos teóricos comumente utilizados para compreensão da ciência jurídica e chega a hora de integrar os ramos do Direito na busca da realização do indivíduo em consonância com os novos princípios.

Esse cenário estimula o desenvolvimento dos ramos do direito voltados à promoção da cidadania e dos interesses que se realizam de forma coletiva. O Estado Social, de natureza intervencionista nasce da impossibilidade dos cidadãos em prover suas necessidades existenciais mínimas. Era um sinal de que a liberdade absoluta dos liberais não atendiam todas as necessidades humanas, necessitando-se de uma nova interpretação para o direito à liberdade.

Os valores trazidos pelo Estado Social foram um marco importante para a mudança de paradigma do sujeito de direito perante a propriedade. Se o Estado Liberal

permitiu que o sujeito olhasse para si mesmo, o Estado Social permitiu que ele se visse no outro, possibilitando maior equilíbrio nas relações privadas.

Nesse ponto seria possível objetar que a concepção de um direito geral negativo de liberdade foi abandonada e substituída por uma concepção substancial de liberdade orientada pela dignidade humana, na qual algumas liberdades específicas, valoradas positivamente, passam a ocupar o lugar da liberdade geral de fazer ou deixar de fazer aquilo que se quer.³⁸

As novas concepções aplicadas aos contratos, valorizando-se muito mais a pessoa humana do que o interesse econômico do proprietário contratante, foi um momento único de reflexão do sujeito sobre os papéis desenvolvidos por ele e pela propriedade no contexto social, e dos deveres desse mesmo sujeito para com esta mesma propriedade. Se antes esta tinha como fundamento a satisfação do indivíduo, nesse momento busca sua validade no bem comum da coletividade.

Enxergar-se diferente traz novos valores ao indivíduo e modifica sua relação com o espaço onde vive. É a consciência do livre-arbítrio que impulsiona o sujeito à conquista de novos horizontes no campo das relações humanas, mas é no Direito que ele encontra o delimitador destes arbítrios. Nesse sentido, oportunas as palavras de Locke: “Isso não quer dizer que ele afirma ser possível a apropriação de todos os bens que são comuns a uma comunidade. ‘A mesma lei da natureza que nos dá acesso à propriedade, também a limita.’”³⁹

A aceitação de limites ao exercício dos direitos inerentes à propriedade só foi possível com uma mudança de percepção do sujeito sobre si mesmo e sobre o espaço que ocupa na natureza. As mudanças de paradigmas se deram por necessidade de mudanças, embora ainda aliadas a uma idéia de progresso.

A ‘modernidade’ [*Neuzeit*] confere ao passado com um todo uma qualidade de história universal. Com isso, a novidade de uma história que, cada vez que se produz, pensa em si mesma como nova reivindica um direito sempre crescente sobre

³⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 354.

³⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 40.

o conjunto da história. Torna-se evidente que a história, precisamente como história universal, precisa ser continuamente reescrita.⁴⁰

Esse novo contexto histórico-filosófico trouxe nova concepção sobre a capacidade do Código Civil como único sistema regulador de todas as relações privadas. O aumento da complexidade da vida trouxe a necessidade de leis mais específicas e de maior abrangência sobre determinada relação jurídica e isso tornou inevitável o surgimento do que se denominou minicodificações.

Nesse cenário nasceram leis de proteção ao consumidor, à criança e ao adolescente, e ao meio ambiente. Este último campo de estudo tem sido melhor trabalhado nas últimas décadas e já demonstra ser um elemento essencial para a segunda mudança de paradigma que surge sobre a propriedade, ou seja, aquela que reveste o proprietário de deveres jurídicos tanto quanto de direitos de ordem privada.

O advento do Estado Social trouxe constituições mais voltadas para os interesses de grupos sociais, contrapondo-se à proteção individualista de outrora. E as Constituições passam a contemplar, já na primeira metade do século XX, a função social da propriedade. Porém, adverte Benjamim, que isso não foi suficiente porque “a própria idéia de função social não levava, necessária e claramente, a uma maior sensibilidade com a fragilidade da natureza.”⁴¹

⁴⁰ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 2006. p.287.

⁴¹ BENJAMIM, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p.71.

2. Propriedade e Deveres Fundamentais: uma relação necessária.

2.1. Propriedade e meio ambiente entre regras e princípios de direito fundamental

A normatização de um direito fundamental traz consigo, via de regra, uma natureza principiológica, o que não é problema quando há um largo consenso sobre seu conteúdo, mas que se torna um grande embate quando sua abertura conceitual não traz respostas claras sobre o direito a ser aplicado ao caso concreto. Se a propriedade é um direito fundamental, vinculada ao princípio da função social, e se o meio ambiente também é um direito fundamental, vinculado ao princípio da solidariedade intergeracional, faz-se necessária uma breve análise sobre suas naturezas jurídicas e os critérios a serem utilizados pelo intérprete no enfrentamento de direitos frente ao caso concreto.

Nessa tarefa, de salutar importância é a distinção entre regras e princípios, duas espécies do gênero norma jurídica. Robert Alexy traz uma distinção conceitual entre esses elementos, fazendo-o da seguinte forma: “regras são normas que ordenam algo definitivamente. Elas são mandamentos definitivos. A maioria das regras ordena algo para o caso que determinadas condições sejam cumpridas. Elas são, então, normas condicionadas”.⁴²

O ordenamento jurídico brasileiro traz a proteção normativa dos direitos fundamentais ora na forma de regras ora como princípios. Pode-se atribuir, portanto, a generalidade como marca indelével dos princípios, e um conteúdo determinado e específico como critério para as regras. Nesse contexto podemos exemplificar o direito de propriedade como regra e a função social como princípio.

O autor questiona ainda o que faz de um enunciado da Constituição uma disposição de direito fundamental. Inicia sua análise com a tese esposada por Friedrich Muller

⁴² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.131-132.

para quem “a norma jurídica é mais que o texto”, defendendo uma concepção que denomina pós-positivista e afirmando que “a norma jurídica é determinada também pela realidade social, pelo âmbito da norma”.⁴³

A base de um ordenamento jurídico é sempre o texto normativo. Ele é o ponto de partida do intérprete e do estudioso da ciência jurídica. A forma como estes agentes visualizam o texto será de fundamental importância para um maior ou menor grau de incidência dos direitos que se busca tutelar.

Considerando que os direitos fundamentais estão abarcados num patamar constitucional, a realização de um direito necessitará que se dê o afastamento de outro, causando por vezes um enfrentamento de normas de direito fundamental, de mesma situação hierárquica dentro do ordenamento. Segundo Norberto Bobbio são poucos os direitos fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos fundamentais. Para ele, “não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas.”⁴⁴

No enfrentamento entre o direito de propriedade e do meio ambiente é preciso descobrir o critério correto de interpretação, tamanha a generalidade dos princípios que lhes são vinculados, especialmente pela ausência de hierarquia, além do enorme risco do uso da arbitrariedade na escolha do julgador. Para solucionar o confronto de princípios Robert Alexy defende o caminho da “máxima da proporcionalidade”, afirmando que:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.”⁴⁵ (grifos do autor)

⁴³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.78.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.20.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 117.

Essa relativização em face das possibilidades é essencial para o tratamento da norma jurídica de propriedade quando enfrentado com os princípios de preservação ambiental e solidariedade intergeracional. A tendência do julgador em querer fazer uma escolha entre normas retira-lhe o potencial de harmonização entre elas, diante da evidente unicidade do ordenamento jurídico. Tal sopesamento não significa a invalidade de um princípio frente a outro, mas tão somente a utilização de um “critério de preferência condicionada” entre eles, como assegura Alexy:

Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.⁴⁶

Humberto Ávila também chama a atenção para a necessidade de harmonização dos princípios, de forma a não se afastar totalmente a incidência de um princípio na escolha de aplicação de outro, propondo uma coerência no lugar de uma hierarquia. Propõe o autor o postulado da “coerência prática”, que cumpre o dever de realização máxima de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. “Daí se falar em harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo.”⁴⁷

E continua seu pensamento advertindo para a proibição de excesso na aplicação dos princípios de direito fundamental ao caso concreto. “A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia.”⁴⁸ Essa é a garantia de que sempre será mantida a aplicação de um

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.96.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 145.

⁴⁸ Id. p. 146.

núcleo essencial de cada princípio, posto não ser possível o afastamento total da aplicabilidade de uma norma de direito fundamental.

Nessa problemática da colisão de princípios Robert Alexy traz um questionamento importante sobre a possibilidade jurídica de uma norma de direito fundamental poder, ou não, ser limitada por outra norma de direito fundamental, e aponta caminhos para uma solução mais adequada.

Considerando a possibilidade de tanto regras como princípios serem limitadores de direitos fundamentais, e diante do conteúdo da norma principiológica, um dos requisitos para se aceitar uma restrição de uma norma de direito fundamental é que a limitação parta de uma norma compatível com a Constituição.⁴⁹

Diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão.⁵⁰

Em contrapartida, os princípios também podem ser limitadores do conteúdo dos direitos fundamentais. Um *princípio* é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, haja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.⁵¹ Correto, então, é afirmativa de que a função social da propriedade, possuidora de um conteúdo ambiental, limita o conteúdo do direito de propriedade, na medida que impõe ao proprietário o dever de uso sustentável do que lhe pertence como direito fundamental.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.281.

⁵⁰ Idem. p. 104.

⁵¹ Ibidem. p. 284-285.

Historicamente, alguns princípios encontraram mais espaço na discussão das sociedades, outros se reformularam ao longo do tempo, ganhando novo conteúdo. Outros ainda, nasceram para limitar ou harmonizar os já existentes. É possível afirmar que o conflito entre eles sempre foi uma constante, sendo tal tensão a responsável por avanços e retrocessos dentro dos ordenamentos. Não obstante a instabilidade ser algo indesejável, por vezes é necessária para a construção de um projeto de justiça social, como deseja o ordenamento jurídico brasileiro.

No presente estudo, focalizam-se os princípios nascidos da Revolução Francesa e presentes na Constituição Federal brasileira: a liberdade, a igualdade e a solidariedade (ou fraternidade). A análise se restringe aos desdobramentos trazidos para a propriedade e para o meio ambiente, especialmente quando tais direitos produzem uma colisão de princípios, exigindo do intérprete novas construções frente ao caso concreto que só reproduzem os valores trazidos pelas constantes mudanças históricas e axiológicas.

2.2. Direito de Propriedade como direito fundamental. A propriedade como espelho da liberdade.

Todos os dias o indivíduo se depara com situações que o trazem questionamentos acerca dos conceitos de justiça, de verdade, de moral e de direitos. À medida que se vê inserido em grupos sociais, esse mesmo indivíduo se indaga sobre a natureza de sua relação com seus pares, com as coisas materiais e imateriais que o rodeiam e também com o centro de poder que o governa.

E assim caminha, indagando os direitos que possui ora como cidadão de uma comunidade e ora como ser humano. Das respostas que encontra retira os fundamentos que alavancam conflitos e revoluções, promovem ascensão e declínio de poder, criam e recriam leis.

A dualidade é uma constante na vida do ser humano. O dia e a noite, o amor e o ódio, o individual e o coletivo, o público e o privado. Tal encontro de opostos também encontra sua marca no ordenamento jurídico. Similar ao deus Jano na mitologia, o Direito convive com duas faces, enfrentando interesses contraditórios, e nesse jogo de contrapostos grande tem sido o embate entre o interesse público e o interesse privado.

Miguel Reale afirma que a dinâmica do direito resulta da bipolaridade, sendo a dialeticidade que anima a vida jurídica. A natureza dos valores que a informam se reflete nessa tensão constante dos valores positivos e valores negativos. E assim o direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência.⁵²

Em um desses momentos de choque de interesses a humanidade abriu espaço para uma discussão sobre a existência de direitos que pudessem ser intocáveis, sob o fundamento de serem parte da essência do indivíduo. São os chamados direitos fundamentais.

As condições históricas são fatores determinantes para a caracterização de um direito como sendo fundamental. O que contemporaneamente consideramos essencial para a plena realização do indivíduo, em outras épocas sequer foi considerado. Mais impactante ainda é o fato de que algumas circunstâncias hoje repelidas por todos os ordenamentos, em outras épocas foram consideradas como condições essenciais da realização dos direitos fundamentais, a exemplo da escravidão que era vista como plena realização do justo e sagrado direito fundamental de propriedade, ou a tortura, como o meio legítimo de obtenção de prova contra aquele que praticou um crime.

Clara, ainda, é a diferença de interpretação do conceito de liberdade dos antigos e dos modernos, o que evidencia o fato de que todo direito precisa de um intérprete e que os valores éticos, políticos e sociais, determinam de forma substancial o entendimento atribuído

⁵² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 189.

ao texto normativo. Paulo Bonavides, assentado nas idéias de Ernest Barker, explica que no pensamento político da Grécia não prepondera a noção do individualismo e que ali não se alcançou uma concepção de direitos. A propriedade e a vida não ostentavam nenhuma garantia em face do Estado.

Foi, talvez, precisamente pelo fato de o indivíduo ter convicção da influência por ele exercida na vida da comunidade que não procurou afirmar direitos oponíveis a esta. Seguro de sua importância na sociedade, não precisava de preocupar-se com a sua *pessoa* individual... Indivíduo e Estado se encontravam de tal modo entrelaçados em sua missão moral, que ao Estado competia o exercício de uma tal influência, que a nós se nos afigura estranha.⁵³

Enquanto nas comunidades gregas e romanas o Estado era tudo, nas comunidades modernas o homem é o centro dos direitos, na sua concepção mais individual.

A liberdade antiga, pela tese de Jellinek, se resumia em participar o indivíduo na elaboração e direção do poder estatal, ao passo que a liberdade moderna seria, sobretudo, a liberdade que resguarda o indivíduo do poder estatal, ligada ao direito, não de dominar o Estado, mas de nele intervir a favor dos interesses individuais.⁵⁴

Jehring elogia o modelo de liberdade dos romanos, afirmando que ela não era “algo subjetivo, um bem ou uma qualidade da pessoa”, senão “um bem objetivo e indestrutível, independente da vontade pessoal”, tomando a interpretação do jurisconsulto um sabor nitidamente hegeliano.⁵⁵

Os direitos fundamentais dão ao indivíduo uma segurança jurídica sobre a existência de um ciclo mínimo de atuação, um espaço oponível contra seus pares e contra o Estado que o governa. Essa certeza o faz sentir-se livre e ativo, dono de seu destino e apto a desenvolver cada vez suas potencialidades enquanto ser humano.

A sociedade do século XIX tinha em seu seio uma burguesia emergente, com fortes desejos econômicos e ansiosos por poderes políticos. Esse desiderato exigia a garantia

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.156.

⁵⁴ Id. p.157-158.

⁵⁵ Ibidem. p.162.

de autonomia, ou seja, o poder de regular sua vida privada; e para isso, era fundamental a separação entre o direito público e o direito privado, estabelecendo-se espaços jurídicos próprios para a regulamentação da vida dos particulares e as operações do Estado. Esse pensamento foi a premissa sob a qual se deu a organização do Direito na era moderna. Era imperioso para a burguesia garantir a segurança para o exercício e expansão de suas atividades comerciais, uma vez que o poder econômico era a porta para o poder político. “No sentido do jusnaturalismo não-oficioso desde a Sofística grega, tinha sido tomada a decisão fundamental acerca do que era correto para a época pós-feudal e pós-absolutista: soberania popular, democracia direta, solidariedade dos iguais.”⁵⁶

Quando a Declaração de Direitos estabeleceu um direito de propriedade absoluto e sagrado, consagrou a certeza de uma liberdade econômica, onde a exploração não encontrava limites. Alargou-se a via para a criação do Código Civil. A era das codificações surgiu para atender os anseios de uma sociedade burguesa que precisava exercer plenamente sua liberdade e que escolheu a propriedade como o instrumento de realização desse direito. E nesse contexto, a propriedade e o contrato se tornaram personagens principais do direito privado, recebendo este último o status de lei junto com a garantia de não-intervenção por parte do Estado.

Assim, a burguesia exigiu do Estado leis que assegurassem as relações contratuais e suas propriedades, com a garantia de não-intervenção em seu conteúdo. “A intervenção do Estado só ocorreria para fazer cumprir o que as partes tivessem estabelecido, para garantir a proteção da propriedade privada e o cumprimento dos contratos”.⁵⁷

También la nueva figura de la propiedad moderna, como poder abstracto y absoluto sobre una *res* determinada, como esfera de la soberanía individual, encuentra en el carácter “artificial” del orden jurídico y en la concepción del hombre independiente,

⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.181-182.

⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 77-78.

libre de los vínculos holísticos de la sociedad feudal, una justificación plena e concluyente.⁵⁸

O Código Civil se tornou a constituição do mundo privado, com princípios liberais que delimitaram o espaço de atuação do legislador na regulamentação das relações jurídicas entre os particulares. Seu pilar era a autonomia privada e nele se encontrava a segurança necessária para aquisição de bens, para a firmação de negócios jurídicos e para a realização da personalidade. Nas palavras de François Ost⁵⁹, a lógica do Código Civil era a transformação de todas as coisas em valores comerciáveis, patrimonializadas e objeto de apropriação e alienação.

A passagem da sociedade burguesa para a sociedade industrial aumentou a complexidade das relações jurídicas firmadas entre os particulares, e o caráter genérico do Código Civil se mostrou insuficiente para regular todas os fatos sociais do novo tempo que se aproximava.

O desenvolvimento trazido pela sociedade industrial resultou na necessidade de uma conduta positiva por parte do Estado, no sentido de promover uma justiça social, onde o sujeito livre e proprietário também pudesse ser protegido de abusos na ordem civil. O nascimento do Estado do bem-estar social propiciou a criação de novos ramos do direito, como o direito do trabalho, o direito das relações de consumo, o direito ambiental, dentre outros. Tornou-se inevitável o questionamento sob a capacidade da lei civil em prever todos os conflitos, bem como o poder de apresentar todas as respostas para os novos problemas.

Os ordenamentos erguidos pela filosofia cristã pressupunham uma sociedade onde os indivíduos possuíssem deveres perante seu soberano. O Estado de Direito inverte esses pólos e os sujeitos passam a ter direitos em relação ao Estado. O que se propõe agora é uma

⁵⁸ BARCELONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996.p. 64.

⁵⁹ OST, François. **A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.p. 68.

ressignificação desses direitos, atribuindo-lhes responsabilidades. Não se trata de um rompimento dos direitos individuais, mas tão somente da idéia de lhes atribuir uma finalidade, ou uma função. Utilizando-se das palavras de François Ost, “com as modificações contemporâneas do agir ético, esta é hoje compelida a alargar-se às dimensões do Universo. É inevitável que a nossa concepção do patrimônio seja chamada a um alargamento semelhante.”⁶⁰

2.3. Direito ambiental como direito fundamental – uma criação do século XX

A lista dos bens jurídicos elegidos ao status de direito fundamental não se mostrou estanque ao longo dos séculos. Ao contrário, vislumbra-se um aumento substancial no conteúdo desses direitos ao mesmo tempo em que foi possível redefinir muitos dos seus conceitos. A necessidade de proteção dos direitos humanos levou os Estados a positivarem a tutela de direitos ligados à dignidade da pessoa humana, à medida que as experiências históricas conduziam a novas demandas.

A ampliação dos direitos é uma realidade desde a concepção do Estado Social, configurando-se na primeira fase de aprofundamento nas reflexões sobre o conteúdo e extensão da dignidade da pessoa humana. Hoje é possível identificar diferentes gerações de direitos, as quais refletem os valores alcançados pelo indivíduo ao longo do tempo, partindo de uma concepção individual, passando pela proteção de grupos, para chegar finalmente aos direitos transindividuais, com destaque ao direito ambiental.

As sociedades foram construindo novos direitos ao mesmo tempo em que se fazia necessário identificar os novos sujeitos desses mesmos direitos. Desta forma, desde o início da era Moderna partiu-se de uma proteção jurídica destinada a um sujeito de direito individualizado, passando pelo reconhecimento de categorias de pessoas, até se chegar a proteção dos direitos da humanidade.

⁶⁰ Id. p. 347.

O Estado Liberal só conheceu uma forma de direito fundamental, aquela que concebia o sujeito na sua individualidade, e o momento histórico que precedeu a Revolução Francesa é suficiente para justificar tal posicionamento jurídico. Num mundo em que a qualidade de súdito aprisionava o ser humano, a liberdade era seu maior desejo e os direitos do cidadão, desenhados sobre o manto da liberdade constituíam a chave dos grilhões que impediam o seu pleno desenvolvimento.

Não obstante tal certeza sobre os direitos de liberdade, ou direitos de primeira geração, os resultados da experiência vivida com a falta de freios às relações privadas fez nascer a cobrança por um Estado menos omissivo, o qual deveria sair da inação para a prestação positiva de direitos que considerassem categorias. Surgia assim a segunda geração de direitos, os coletivos, ou direitos de igualdade material.

O direito do consumidor, da criança e do adolescente, do trabalhador pareciam satisfazer uma sociedade ávida por proteção do Estado, a se dar numa forma assistencial e intervencionista nas relações privadas. Todavia, um novo desafio se aproximava a fim de testar os valores humanos. A herança deixada pela industrialização e pelo ideal de desenvolvimento econômico traduz-se em prejuízo ecológico que anuncia um comprometimento real da humanidade em sua existência e em sua dignidade. Chegava a hora da proteção dos direitos transindividuais, ou de terceira geração.

Tais direitos, buscam a proteção do gênero humano, atribuindo-lhe um conteúdo de universalidade, de comunhão de interesses que ultrapassam fronteiras, e de condutas pautadas na solidariedade entre os cidadãos e entre as nações. Trata-se da relação de reciprocidade entre o humano e o não-humano, numa concepção global de que todos fazem parte do mesmo núcleo existencial: a vida.

Historicamente a interação do homem com o meio ambiente se deu numa relação de submissão deste em relação àquele. O primeiro grande momento de apropriação da fauna e

da flora se deu com a revolução agrícola e a pecuária, movimentos que permitiram a fixação do homem à terra e a conseqüente apropriação do espaço natural, produzindo-se os germes da propriedade privada.

Norberto Bobbio ingressa nessa reflexão sobre a interação do indivíduo com a natureza no âmbito do ordenamento jurídico, prevendo uma tutela da natureza em si com direitos oponíveis a terceiros no campo normativo.

Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem.”⁶¹

A progressiva depreciação do equilíbrio ecológico, e suas conseqüências sobre a qualidade de vida tanto do homem quanto de outros seres vivos, fizeram nascer movimentos sociais a partir das décadas de 60 e 70 que reivindicavam uma proteção jurídico-constitucional ao meio ambiente, por ser este também um dos valores que compõem o rol dos direitos humanos.⁶²

A relação do homem com a natureza deixou de ter como base a “apropriação” para dar margem à “interação equilibrada”. O projeto desenvolvimentista da modernidade deu ao ser humano a certeza de poder sobre a natureza e a tecnologia lhe ensinou que não havia nenhum espaço ou recurso natural que oferecesse limites. E a despeito desse projeto de domínio do homem sobre a natureza escreve Pietro Barcellona:

Para este proyecto no existe nada que no sea destructible; nada es eterno. El principio de la manipulabilidad de la naturaleza impone la primacía de la técnica, y la técnica sobrepasa cualquier limite, se convierte cada vez más em creación de un mundo nuevo que continuamente se libera del viejo.⁶³

Os resíduos deixados por uma dominação intensa dos diferentes recursos naturais incentivaram importantes movimentos sociais, os quais culminaram em eventos de escala

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 64

⁶² FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.148.

⁶³ BARCELLONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 31.

internacional, e documentos importantes foram elaborados na busca da jurisdicização dos direitos transindividuais. O marco inicial foi a Declaração de Estocolmo, de 1972, das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, a qual inseriu entre os direitos humanos básicos a qualidade do meio ambiente, que permita uma vida digna e de bem estar.

No Brasil a temática ambiental passou a ter relevância jurídica a partir dos anos 30 com a edificação do Código de Águas. Na Constituição de 1967, existe uma tímida referência ao meio ambiente ao se determinar no art. 172 um “prévio levantamento ecológico” em terras sujeitas a intempéries e calamidades, mas ainda não é possível se falar em uma tutela efetiva do meio ambiente, o que só viria com a Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

O ponto alto de proteção jurídica foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 que insculpiu em seu art. 225 o meio ambiente como direito fundamental pertencente a presente e às futuras gerações. Embora o Código Florestal tenha sido editado em 1965 (Lei 4.771/65), o texto normativo ainda tinha como foco a propriedade e a tutela de direitos do homem, sem uma preocupação de uma tutela da natureza em si, fenômeno que só se tornaria real com a constitucionalização do direito ambiental.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma amplitude conceitual ao meio ambiente, integrando-lhe o ambiente natural, artificial, cultural e o ambiente do trabalho. Esse leque normativo possibilita um enquadramento do meio ambiente num regime jurídico próprio, posto que não se limita ao direito público nem ao direito privado. Apesar do texto constitucional mencionar um “bem de uso comum do povo”, tal conceito difere da propriedade nos moldes concebidos pelo Código Civil. As bases da compreensão desse regime jurídico recaem sobre uma complexidade biofísica e numa multiplicidade de interesses

patrimoniais e existenciais que envolvem a utilização do bem integrante do patrimônio ambiental.⁶⁴

O legislador constituinte brasileiro erigiu o meio ambiente à categoria de direito fundamental, mesmo sem ter colocado sua tutela normativa no Título II da Carta Magna. É uma leitura sistematizada entre os valores inseridos no art. 225 com os demais direitos fundamentais e com a tutela da dignidade da pessoa humana que proporcionam a visualização da jusfundamentalidade da tutela do bem ambiental em todas as suas concepções.

Trata-se de um direito de terceira geração, e como tal, esculpido sobre o valor fraternidade, jurisdicizado no ordenamento brasileiro como princípio da solidariedade, sendo esta categoria conceituada por Paulo Bonavides nos seguintes termos:

[...] direitos que não se destinam especificamente na proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta.⁶⁵

Também é fato que a Constituição Federal Brasileira traz uma abertura material no rol dos direitos fundamentais elencados em seu texto, conforme se verifica no seu art. 5º, §2º.⁶⁶ Desta forma, por força do parágrafo segundo do referido artigo, as normas de direito ambiental possuem aplicabilidade imediata, tendo como premissa a irradiação dos direitos fundamentais em todo o ordenamento jurídico.

É possível ainda enxergar uma clara ecologização da Constituição Brasileira pelos dispositivos contemplados nos arts. 186, II e 170, VI, onde se atribuiu a proteção ao meio ambiente, respectivamente, como exigência de exploração da propriedade urbana e rural.

“Com novo perfil, o regime de propriedade passa do direito de explorar, só e quando

⁶⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.164.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 523.

⁶⁶ Art. 5º [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

respeitados o direito dos vizinhos, para o direito de explorar, só e quando respeitados a saúde humana e os processos e funções ecológicas essenciais”.⁶⁷

A atividade econômica historicamente só conheceu os chamados “valores de mercado”. O uso da propriedade estava voltado unicamente para o lucro, a acumulação de riquezas, o desenvolvimento e a criação de novas tecnologias. Patryck de Araújo Ayala⁶⁸ chama a atenção para o fato de que a defesa do meio ambiente e a função social da propriedade hoje retratam também valores reconhecidos juridicamente ao lado da função econômica. E acentua:

Nessa perspectiva, qualquer relação de apropriação deve permitir o cumprimento de duas funções distintas: uma individual (dimensão econômica da propriedade), e uma coletiva (dimensão sócio-ambiental da propriedade). No entanto, essas funções nem sempre se impõem de forma simultânea.

Contudo, adverte Canotilho que a força normativa de uma constituição ambiental dependerá de seu programa jurídico-constitucional, “pois qualquer Constituição do ambiente só poderá lograr força normativa se os vários agentes – públicos e privados – que actuem sobre o ambiente o colocarem como fim e medida das suas decisões”.⁶⁹

Numa seara infraconstitucional, o Código Civil contempla uma tímida proteção ao meio ambiente, todavia, não de menor importância. O capítulo destinado aos direitos de vizinhança traz um importante passo à tutela do ambiente nas relações privadas, ao se dar proteção contra as perturbações de natureza ambiental. Trata-se de um remédio contra o uso inadequado da propriedade, respeitando-se os deveres de proteção do proprietário aos bens ambientais.

⁶⁷ BENJAMIM, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p. 72.

⁶⁸ AYALA, Patryck de Araújo. **Deveres Ecológicos e Regulamentação da Atividade Econômica na Constituição Brasileira**. In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 265.

⁶⁹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia**. In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.

2.4. Gerações futuras como sujeito de direito

Sendo fato que a Constituição Federal de 1988 erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental, bem como a titularidade do direito à sadia qualidade de vida às gerações presentes e futuras, torna-se necessário enfrentar outro aspecto, qual seja, o de ser ou não o meio ambiente um sujeito de direito.

A primeira distinção a ser feita é a que existe entre pessoa e sujeito de direito, conforme nos propõe a doutrina de Paulo Lôbo:

Sujeitos de direito são todos os seres e entes dotados de capacidade para adquirir ou exercer titularidades de direitos e responder por deveres jurídicos. Nesse sentido, o conceito de sujeito de direito é mais amplo que o de pessoa, que fica abrangido por ele. Em outras palavras, há sujeitos de direito que não são pessoas físicas ou jurídicas.⁷⁰

A personalidade, portanto, não é condição essencial para a titularidade de direitos dentro do ordenamento jurídico. Possibilita a lei a existência de proteção de direitos a entes não personificados. Isso decorre da complexidade das relações sociais que gerou a necessidade de proteção de novos direitos, e conseqüentemente a de atribuir-lhes novos titulares.

A fundamental importância da distinção apresentada está nas possibilidades atribuídas pelo próprio ordenamento jurídico para o exercício dos direitos. Enquanto o titular de personalidade jurídica está apto para a prática de quaisquer atos não proibidos por lei, os entes despersonalizados só podem agir quando expressamente autorizados por lei, como explica a doutrina de Marcos Ehrhardt Júnior:

A personalidade jurídica significa uma autorização prévia e genérica do ordenamento jurídico para a prática de qualquer ato jurídico que não seja proibido pelo Direito. Assim, sujeitos de direito despersonalizados só podem praticar atos quando expressamente autorizados por lei e desde que tais atos sejam inerentes à sua finalidade, enquanto os sujeitos de direito são pessoas que podem fazer tudo a que não estejam proibidos no campo das relações privadas, conforme assegura a Constituição Federal, art. 5º, inciso II.⁷¹

⁷⁰ LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 106.

⁷¹ EHRHARDT JR, Marcos. **Direito Civil: LICC e parte geral**. Salvador: Podivm, 2009. p. 112.

A forte herança patrimonialista ainda arraigada no texto do Código Civil, não permite uma revisão profunda nas categorias ali existentes. Tal posicionamento se explica porque o Código foi pensado para regular questões patrimoniais e não existenciais. A reforma trazida pelo texto de 2002 muito já avançou no âmbito da personalidade, mas em pouco evoluiu no que tange ao meio ambiente e na revisão de conceitos que ele propõe. O dualismo cartesiano, que considera a razão o senhorio, e o mundo como algo a seu serviço, fundamenta a polarização do mundo em “sujeito e coisa”, um pensamento ainda fortemente presente nas ciências sociais, tornando a pessoa o sujeito, e a natureza, a coisa.

E alinhavando este pensamento, afirma Roxana Borges:

Consideramos que parte deste impasse teórico vem da concepção civilista tradicional sobre o que considera sujeito de direito, ou seja, aquele ente apto a titularizar situações jurídicas patrimoniais. Como o Direito Civil atual ainda está encharcado do patrimonialismo oitocentista, o ente que não está apto a titularizar direitos e obrigações patrimoniais não interessa à subjetivação civil, sendo deixado a ocupar o lugar de coisa.⁷²

Paulo Lôbo, traz um pensamento de vanguarda e já aponta como sujeitos de direito não personalizados, os seres humanos, nascidos ou não, aos quais o direito empresta consequências jurídicas ou tutela. São eles o nascituro, os concebidos *in vitro*, entes humanos futuros ou prole eventual e as futuras gerações.⁷³ Mas, não atribui ainda ao meio ambiente em si, a mesma qualificação.

Finalmente, as “futuras gerações”, aludidas no art. 225 da Constituição Federal, são investidas como sujeitos de direito, que não existem fisicamente. São sempre “futuras”, pois a expectativa é que a população não se extinga. Como contrapartida ao direito desses sujeitos de direito, as atuais gerações têm o dever jurídico de preservação do meio ambiente, para quando as futuras gerações vierem.”⁷⁴

⁷² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstruindo o Direito Civil a partir do Direito Ambiental: contrato, bens, sujeito. **Diritto & Diritti – Rivista Guiridica On Line.** In <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/24661.html>, capturado em 15 de outubro de 2009. p. 26.

⁷³ LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107.

⁷⁴ Id. p. 108.

Partindo dessa premissa podemos afirmar que as gerações futuras são entes despersonalizados, e gozam da qualidade de sujeito de direito.⁷⁵ O exercício de tais direitos, no entanto, ficam assim limitados às possibilidades conferidas expressamente pela lei. Como a lei não lhes conferiu personalidade, possuem elas direito ao equilíbrio ecológico, mas não podem exercitar outros, como contratar, receber herança ou ter propriedade.

Uma vez apresentadas as condições em que tais entes são considerados sujeitos de direito, resta definir a forma de exercício dos direitos de que são titulares. Para tanto, Juan Cruz traz como solução o instituto da representação, uma vez que certos seres humanos, os animais ou as futuras gerações não podem por si mesmos realizar certas ações. Diz o autor:

Tales sujetos y entidades pueden ser adecuadamente representados por otras personas capaces de realizar por ellos ciertas acciones para demandar, proteger y garantizar sus derechos. De este modo las cuestiones de la personalidad, la acción y la asignación de derechos quedan conectadas a través de una técnica específica que es la representación.⁷⁶

Trata-se de representação legal, a qual não faz migrar a titularidade dos direitos do representado para o representante. Esta se torna necessária tanto pela impossibilidade física de manifestação de vontade por parte do sujeito de direito, quanto pelo fato de que sem ela a proteção seria mera figura de retórica. Ainda seguindo as palavras de Juan Cruz, *“sólo en la medida em que alguien que por si mismo es incapaz de ejercer o reclamar cualquier tipo de derechos tenga un representante, podemos decir con algo de sentido que es poseedor de derechos.”*⁷⁷

Toda essa discussão acerca dos novos direitos e de seus titulares só demonstra a dinâmica das relações sociais e do próprio ordenamento jurídico, superando a concepção individualista dos direitos, implantada um dia pelo Estado Liberal. Direitos e bens difusos, sujeito de direito pulverizado, ou mesmo não nascido, compõem um leque de possibilidades

⁷⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁷⁶ CRUZ, Juan Antônio. **El Lenguaje de los Derechos**. Madrid: Trotta, 2007.p. 149.

⁷⁷ Loc. Cit.

impensáveis em outras épocas. É a busca da harmonia entre o humano e o não-humano, materializando-se gradativamente a certeza de que todos compomos a mesma teia existencial e que o ser humano passa de centro dos direitos para constituir-se em mais um elo dessa corrente chamada vida.

2.5. Dos deveres fundamentais

Tradicionalmente a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm se voltado aos estudos dos direitos fundamentais, sem que a mesma preocupação exista com os deveres fundamentais do cidadão no exercício dos seus direitos. Embora se construam teses valiosas de reinterpretação das normas e se travem batalhas na busca da proteção de novos direitos, ainda se mantém um traço marcante do liberalismo: o foco nos direitos, sem que se dê a mesma ênfase aos deveres.

Acentua Benjamim que “no universo da implementação judicial real, a linguagem dos direitos, apesar de sua força retórica e dogmática, parece carregar cogência ou vinculação mais frágil do que as fórmulas que se utilizam de deveres”.⁷⁸

No início do século XX os ordenamentos jurídicos ocidentais começam a inserir em seus textos normativos um fundamento até então desconhecido: a noção de responsabilidade. De início ela é concebida nas relações de trabalho, onde os questionamentos sobre a responsabilidade por acidentes levam à consagração da teoria do risco, atribuindo ao proprietário o ônus decorrente do uso inadequado de seu maquinário. Trata-se de uma limitação importante consagrada pelo Direito ao uso da propriedade: a responsabilidade pelos riscos que lhes são inerentes.

Com efeito, o princípio da responsabilidade se alargou com o surgimento dos direitos de terceira geração, especialmente os ecológicos. A responsabilidade como dever

⁷⁸ BENJAMIM, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p. 112.

jurídico avançou ao longo do século XX até se chegar ao conceito de responsabilidade objetiva. O ponto máximo desse princípio surgiu então na relação entre propriedade e meio ambiente. A responsabilidade pelos danos causados no mau uso dos recursos naturais leva ao proprietário a certeza de que não se vive mais os tempos de um direito de conteúdo ilimitado, e que todo direito carrega consigo uma responsabilidade.

O Estado Liberal, com sua posição jurídica de proteção ao indivíduo em sua liberdade e sobre seu patrimônio criou um sujeito sem qualquer comprometimento para com a comunidade e para com o meio natural que o cerca. Tal realidade jamais permitiria uma percepção de interesses globais, muito menos práticas solidárias para com o meio ambiente.

Já as doutrinas do direito social, nas palavras de León Duguit⁷⁹, concebem a validade de uma norma quando estas se impõem ao homem enquanto ser social. Segundo ele, estas doutrinas concebem o homem como um ser social, portador de obrigações para com os outros homens “e cujos direitos derivam das mesmas obrigações, isto é, dos poderes que possui para realizar livre e plenamente os seus deveres sociais”.

A Revolução Francesa trouxe o valor fraternidade como pilar para a realização da justiça. Enquanto os outros dois fundamentos (liberdade e igualdade) focavam o ser humano, a fraternidade proporciona reflexões mais profundas, permitindo normatizar as relações que ultrapassam o contexto indivíduo-indivíduo, permitindo vislumbrar-se outros elementos de proteção, a exemplo da natureza e da coletividade humana.

A fraternidade pode despertar a atenção direta aos deveres, considerados e realizados na própria comunidade, assim – direta e indiretamente – nas outras comunidades. Deveres que não são limitação aos próprios direitos, mas garantias para o usufruto destes.⁸⁰

⁷⁹ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliese. 2ed. São Paulo: Ícone, 2006. p.19.

⁸⁰ BUONUOMO, Vincenzo. **Em busca da fraternidade no Direito da comunidade internacional**. in *Direito e Fraternidade*. Anais do Congresso Internacional “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade?” (2005: Roma). São Paulo: Cidade Nova, LTR, 2008.p.37.

Esse valor é a porta de entrada da concepção do dever como premissa de ação do indivíduo, uma premissa que vai sendo trabalhada pela lei ao longo do tempo. É chegada a hora de expandir a responsabilidade do indivíduo no exercício destes mesmos direitos, e o fundamento jurídico desse dever-ser no ordenamento brasileiro está no princípio da solidariedade, o qual materializa na lei o valor fraternidade.

O direito ambiental, por sua natureza transdisciplinar e por seu foco atemporal, destaca-se no ordenamento por ser um direito solidário por definição, tornando-se um contraponto à concepção individualista aplicada em outros ramos, a exemplo do direito de propriedade. Tal missão não compete nem ao Estado nem ao cidadão isoladamente, mas a ambos, comprometidos como parceiros de um pacto democrático.

Um dos grandes desafios para a realização efetiva de uma teoria dos deveres está na dificuldade de organização da ação coletiva. A sociedade conhece fortemente a associação privada para a busca de direitos, mas ainda é tímida na formação de grupos que busquem o cumprimento de deveres. A dificuldade aumenta sobremaneira se pensarmos este conjunto como o agrupamento social por inteiro, especialmente na proteção de interesses difusos, como é a tutela do meio ambiente. Nesse âmbito, Ricardo Lorenzetti⁸¹ assegura que só os mecanismos externos, como o jurídico, é que possuem capacidade de unir a ação coletiva, sendo esta uma tarefa de interesse do Direito Privado.

O direito privado, campo da individualidade por excelência, precisa ser tocado de forma mais incisiva pelo princípio da solidariedade, migrando o indivíduo do campo do direito exclusivo para o campo do direito exercido com responsabilidade. Essa concepção não se limita ao exercício do direito da propriedade imóvel, ele se estende a toda propriedade que possa ser passível de apropriação, a exemplo dos bens móveis, dos bens de consumo e da

⁸¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.173.

propriedade intelectual. “A responsabilidade do proprietário pelos bens de produção ou de consumo e pela destinação do resíduo gerado no meio ambiente é hipótese de aplicação do princípio da função social da propriedade”.⁸²

Nessa nova perspectiva de um sujeito de direitos comprometido com os deveres imanescentes a este mesmo direito justifica uma releitura do direito de liberdade, onde o exercício de tal direito se encontra vinculado a uma responsabilidade social ou comunitária, que não se limita ao campo da moral, uma vez que encontra legitimidade jurídica para tanto. Ressalta Fensterseifer⁸³ que é preciso repensar a teoria dos direitos fundamentais, reservando um espaço para os deveres fundamentais, numa projeção normativa dos princípios nas relações privadas, valorizando-se o princípio-valor da solidariedade.

No mesmo sentido, contempla a teoria de Augusto Comte que “é no equilíbrio de deveres, num ‘exercício escrupuloso de funções sociais’, que se constitui um espaço de liberdade coletiva.”⁸⁴ León Duguit⁸⁵ também sustenta a concepção de liberdade do homem a qual deve se revestir de um conteúdo de responsabilidade para a comunidade que o cerca. E segue afirmando:

O ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerando só pode viver em sociedade. Nesse sentido, o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que pretendiam os filósofos do século XVIII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social.

Os principais documentos editados em escala internacional já demonstram que a crescente proteção aos direitos humanos, ou direitos fundamentais, estão sempre atrelados a

⁸² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.34.

⁸³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.192.

⁸⁴ *Apud* FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 189.

⁸⁵ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliese. 2ed. São Paulo: Ícone, 2006.p. 15-16.

deveres fundamentais, num claro comprometimento com a comunidade e com o meio ambiente em todos os aspectos em que ele se projeta.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) traz em seu art. 29⁸⁶ os deveres do portador de direitos humanos. Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)⁸⁷ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)⁸⁸. Esses documentos deixam claro a conjugação entre direitos e deveres no exercício dos direitos fundamentais, uma proposta que caminhou junta desde o início, não se compondo em algo revolucionário para os dias atuais. É como se o novo na verdade sempre esteve ali, diante dos olhos.

Marco Aquini⁸⁹ chama a atenção para o fato de que o texto do art. 29 da Declaração de Direitos (1948) se distancia da identificação de um dever dirigido unicamente do cidadão para o Estado. Segundo ele “o conceito de comunidade permite englobar uma responsabilidade mais ampla, que vai além das fronteiras nacionais”. E segue afirmando que esses deveres englobam também espaços onde a intervenção do Estado é mínima, ou mesmo inexistente, a exemplo da família, das associações civis, comunidades religiosas, etc.

Na organização dos pactos internacionais que visavam os valores fundamentais a serem vividos no século XXI temos a Carta da Terra (2000)⁹⁰ que prevê uma sociedade global, justa e sustentável, apontando para uma responsabilidade do indivíduo para com a comunidade através do respeito ao ambiente natural. E sobre este aspecto afirma Fensterseifer:

⁸⁶ Art. 29.1. Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

⁸⁷ Preâmbulo. Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com os outros indivíduos e a comunidade a que pertence, está obrigado a procurar a vigência e observância dos direitos reconhecidos neste Pacto.

⁸⁸ Art. 32. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

⁸⁹ AQUINI, Marco. *in* Direito e Fraternidade. Anais do Congresso Internacional “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade?”. São Paulo: Cidade Nova, LTR, 2008.p. 44.

⁹⁰ Princípio 2.(a) Aceitar que, com o direito de possuir, administrar e usar os recursos naturais vem o dever de impedir o dano causado ao meio ambiente e de proteger os direitos das pessoas.

Os direitos de solidariedade estão atrelados à idéia de *direitos-deveres*, resgatando a figura dos deveres fundamentais em face da hipertrofia dos direitos subjetivos, herança esta deixada pelo Direito liberal. O direito fundamental ao ambiente situa-se como um dos exemplos mais paradigmáticos dos “direitos de solidariedade”, marcando a terceira dimensão dos direitos fundamentais.⁹¹

A noção de deveres fundamentais do indivíduo, tendo como fundamento o princípio da solidariedade é algo que permite um feixe de possibilidades, podendo ser aplicado nas relações entre o indivíduo e Estado, entre os particulares em suas relações privadas, e especialmente entre o indivíduo e a natureza.

A propriedade, concebida pelo Estado Liberal como o espelho da liberdade, agora se reveste de deveres para com outros sujeitos e para com o meio ambiente. “Enfim, o homem desfruta o direito de desenvolver sua atividade com liberdade, mas, ao mesmo tempo, só possui esse direito enquanto consagra seu exercício à realização da solidariedade social.”⁹²

Desta forma, o direito de propriedade deixa de ter como fundamento único a satisfação das necessidades do proprietário para se justificar na entrega de um direito a um indivíduo capaz de desenvolver sua missão social.

Nesse contexto de busca da finalidade do exercício dos direitos, François Ost propõe um projeto para o meio, estabelecendo para isso três bases necessárias: a epistemológica, a ética e a jurídica. Essa tríade fundamenta um saber interdisciplinar entre as ciências naturais e as ciências sociais. Também situa o sujeito numa posição de credor de seus antecessores e devedor de seus descendentes. Por fim, ressalta o papel do jurista na qualificação de um regime jurídico que abarque natureza e cultura, harmonizando as expressões “patrimônio comum”, “desenvolvimento sustentável” e “responsabilidade pelas

⁹¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.201.

⁹² DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliese. 2ed. São Paulo: Ícone, 2006. p.28.

gerações futuras.”⁹³ E acentua mais adiante: “A responsabilidade de que falamos é do tipo das que visava Paul Ricoeur: uma responsabilidade-projeto, mobilizada pelos desafios do porvir, mais do que uma responsabilidade-imputação reservada pelas faltas do passado”.⁹⁴

O autor se debruça ainda sobre uma interpretação favorável ao proprietário, apostando na fecundidade do regime que dela se deduz. Toma como base uma linguagem dialética para a construção de um estatuto jurídico que possa estabelecer um regime monofuncional da propriedade. Segundo ele, tais bases conduzem “ao reconhecimento da multiplicidade das utilizações de que os espaços e recursos são susceptíveis, o que relativiza, necessariamente, as partilhas de apropriação.”⁹⁵

A sociedade de hoje ao receber o poder trazido pela ciência e pela tecnologia ganhou também os conflitos trazidos por um crescimento sem freios e sem medidas. O significado de bem-estar humano passa em revista e somente uma ética da responsabilidade é que traçará caminhos seguros para o desenvolvimento. Essa ética é algo a ser vivido pelo cidadão, mas também pelo ordenamento jurídico, dando espaço ao exercício das liberdades sempre enlaçado com os deveres necessários a um desenvolvimento equilibrado, tão necessário aos novos tempos.

2.6. O dever e o princípio responsabilidade na propriedade privada.

Diz Miguel Reale que o Direito é “o fato do querer”. Todos os fatos humanos, incluindo a atividade moral, religiosa ou jurídica dele decorrem diretamente. E assentado na teoria de Stammler, assegura que enquanto estamos sob o prisma do querer, saímos do mundo da percepção para o mundo dos fins ou das finalidades. E a consequência natural é subordinar a esse fim determinados meios, promovendo a ordenação das condutas. Quando os fins a que

⁹³ OST, François. *A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 275.

⁹⁴ OST, François. Op.Cit.. p. 338.

⁹⁵ Id. p. 355.

se propõe não estão atrelados a nenhum outro laço além do seu querer mesmo estamos diante do querer autônomo, de conteúdo moral e individual.⁹⁶

E é o próprio Stammler quem questiona se seria este querer o único existente. Diz ele que há uma forma de querer que envolve o querer de outrem, exigindo-lhe uma correspondência. Trata-se do querer social. “Quando esta forma de querer implica a necessidade lógica do querer alheio, temos o querer entrelaçante ou vinculante, no qual o querer de outrem é meio para atingir-se um fim.”⁹⁷

No campo jurídico tem-se que certos fins são social e eticamente necessários, e por esta razão constrói-se “modelos” jurídicos que se configuram, segundo Reale, em ordenações deontológicas de caráter ético, muito embora fundadas na análise objetiva de dadas situações sociais e históricas. A regra jurídica traduz um imperativo de conduta, a obrigatoriedade do comportamento, uma exigência de ação ou omissão e por isso não se limita a indicar um caminho, deixando claro a opção do legislador, que se mune da sanção para garantir seu adimplemento.⁹⁸

Nos direitos primitivos a obrigação confundiu-se com o estado de obrigado, com a idéia de submissão do devedor; o crédito determinava determinados atos da conduta do obrigado de um modo similar ao que ocorre na esfera do Direito Real. Podia o credor exercitar a força sobre o devedor e também sobre sua família, obrigando-os a trabalhar para ele.⁹⁹

No Absolutismo o cidadão tinha deveres para com o Estado e quase nenhum direito porque inexistia o senso de direitos individuais. No Estado de Direito, pós revolução liberal, o direito passou a ser o centro de interesse da norma, porque o cidadão precisava ser

⁹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 334-336, *passim*.

⁹⁷ *Apud* REALE, Miguel. *Loc. Cit.*

⁹⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 324-327, *passim*.

⁹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p.138.

protegido na sua liberdade e na sua propriedade. Com o advento do Estado Social os direitos e deveres começam a compor as faces da mesma moeda, e a ética e a solidariedade entram no cenário jurídico dividindo o palco com os direitos individuais.

Uma distinção necessária é trazida por Ihering que caracteriza o “dever” como um vínculo de direito público, enquanto a “obrigação” denota um vínculo de direito privado. E acentua que mesmo nas relações privadas, a exemplo da tutela, do cônjuge e da filiação, sempre que o Estado intervém no regramento de condutas falamos em “deveres” porque tal atribuição não pode ser afastado pela vontade do indivíduo, em virtude dos interesses alheios que encerra.¹⁰⁰

Nas constituições modernas os direitos transindividuais remodelam os direitos individuais, à medida que os funcionalizam. A todo direito corresponde um dever, impondo uma conduta que concretize outros direitos, diversos daqueles do sujeito que dele dispõe. É nesse sentido que a propriedade obriga, gerando deveres para o proprietário no exercício do seu direito individual, especialmente no que tange aos direitos sociais e ambientais.

Uma grande contribuição teórica nesse campo parte de Hans Jonas que propõe o “princípio responsabilidade” como uma nova ética para a civilização tecnológica. Segundo ele, o poder experimentado pelo indivíduo através do avanço da ciência e da tecnologia exige dele novas obrigações, e propõe uma ética do respeito contrapondo-se aos abusos desse mesmo poder. Tal princípio, ao mesmo tempo que impõe o temor e o respeito, cuida de conservar incólume para o homem, seu mundo e sua essência, contra os abusos de seu próprio poder.¹⁰¹

¹⁰⁰ IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. 2º vol. Trad. José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 255-256.

¹⁰¹ JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética pra a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, Editora Puc-Rio, 2006. *passim*.

A ética proposta por Jonas se destina a um novo agir humano, ampliando-se o reconhecimento de “fins em si” para além da esfera do humano. Sua teoria se afasta da idéia tradicional de direitos e deveres. Segundo ele, “a ética almejada lida exatamente com o que ainda não existe, e o seu princípio da responsabilidade tem de ser independente tanto da idéia de um direito quanto da idéia de uma reciprocidade”¹⁰²

O agir humano, segundo o autor, baseado na ética da responsabilidade deve mirar-se no arquétipo trazido pela natureza, refletida na responsabilidade dos pais para com os filhos, uma classe de comportamento inteiramente altruísta. Essa inclinação, uma vez atribuída às futuras gerações, realizaria o dever para com a existência da humanidade futura, independentemente do fato de que nossos descendentes estejam nela.¹⁰³ “Assim, aquilo que liga a vontade ao dever, o poder, é justamente o que desloca a responsabilidade para o centro da moral.”¹⁰⁴

O filósofo alemão Hans Jonas apresenta uma crítica à “civilização tecnológica”, defendendo a aplicação do “princípio responsabilidade”, uma abordagem ética da ciência em razão dos riscos trazidos pelas novas tecnologias nascidas da racionalidade humana.¹⁰⁵

No direito constitucional brasileiro é possível encontrar a jurisdicização da ética proposta por Hans Jonas, a exemplo do art. 225, §1º, IV e V que prevê responsabilidades para além do espaço temporal presente. Os princípios da precaução e da prevenção nada mais são do que materialização de um dever jurídico de responsabilidade.

O comprometimento ético precisa estar enraizado na legislação destinada ao direito de propriedade e na interpretação dos dispositivos já existentes, sendo imprescindível a

¹⁰² Id. p. 89.

¹⁰³ Ibid. p. 90.

¹⁰⁴ Id. p. 217.

¹⁰⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.58.

reflexão segura do intérprete operador do direito. E nesse âmbito de discussão, oportuna é a advertência de Patryck Ayala quando assim escreve:

Desse modo, considerar determinado espaço natural, ou elemento da biodiversidade, como bem, não importa atribuir direitos e poderes exclusivos ao proprietário, assim como também não é possível sustentar uma pretensa prevalência do domínio público sobre tais bens.¹⁰⁶

Bodin de Moraes destaca ainda a transição de uma ética da autonomia ou da liberdade, como marco da modernidade, para uma ética da responsabilidade ou da solidariedade, como o novo marco da pós-modernidade.¹⁰⁷

2.7. Diálogos entre o direito público e o direito privado

A estrutura dogmática adotada nos ordenamentos do século XIX, definiu as linhas mestras da doutrina, colocando em extremos diferentes o direito público e o direito privado, numa certeza de que o livre estabelecimento das relações privadas era suficiente à concretização dos direitos fundamentais.

Tais contornos eram compatíveis com uma sociedade pré-industrial, mas a demanda trazida pela sociedade tecnológica, marcada por uma economia massificada e pelos avanços tecnológicos, corroboraram o dirigismo contratual, redefinindo os limites dos espaços público e privado, suscitando redefinição de limites e uma profunda relativização conceitual.¹⁰⁸

A desconfiança e a reserva que normalmente se opõem a um diálogo entre as esferas pública e privada decorre de uma visão ainda míope do projeto social trazido pela Constituição Federal, o qual claramente visualiza os desafios sociais como tarefa do Estado e

¹⁰⁶ AYALA, Patryck de Araújo. **Deveres Ecológicos e Regulamentação da Atividade Econômica na Constituição Brasileira.** In Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p. 267.

¹⁰⁷ *apud* Fensterseifer. Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.60.

¹⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A Incorporação dos Direitos Fundamentais pelo Ordenamento Brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas?.** In A construção dos Novos Direitos. Matos, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.152.

da sociedade, e não de um deles de forma isolada. De modo algum essa simbiose compromete o conteúdo mínimo dos institutos de direito privado, especialmente a sua liberdade e autonomia privada.

Para essa tensão jurídica Ricardo Lorenzetti propõe como solução um “paradigma ampliado”, tornando possível interpretar o Direito Privado tomando-se em conta não apenas o conflito bilateral, mas um suposto de fato mais amplo, que contemple as consequências dos atos privados. Para o autor, o individualismo à deriva precisa de âncoras, de pontos fixos a atar-se. E segue afirmando que “deve compreender-se o caráter relacional dos Direitos e assumir os efeitos que tem toda conferência em um mundo de bens escassos.”¹⁰⁹

A criação do Direito Privado permitiu o balizamento de um espaço individual a cada cidadão, uma seara onde ele tudo pode, onde está livre de qualquer compromisso com o Estado e com a sociedade. Aliou-se a isto o fato de que ao longo do tempo, graças ao poder econômico e cultura jurídica do individualismo exacerbado, uma grande parte dos indivíduos não mais precisou do Estado, o que levou a um distanciamento profundo do dever de cuidado com os bens públicos.

O Direito Privado não conseguia vislumbrar qualquer perspectiva pública porque se via diminuído em seu papel delimitador, uma vez que ele mesmo proporcionava ações individuais impenetráveis e desligadas entre si. Esse valor jurídico foi ultrapassado com a criação do Estado Social e com a consagração do princípio da solidariedade como valor constitucional.

A partir dele foi possível conceber perspectivas públicas no Direito Privado. Nas palavras de Ricardo Lorenzetti¹¹⁰, “não obstante, progride a idéia de regulamentar as condições para a cooperação; passa a um plano relevante o problema das interdependências, e

¹⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 221-222.

¹¹⁰ Id. p. 224.

a compatibilidade das decisões individuais com as coletivas.” É a referencialidade pública do Direito Privado.

Diante da certeza de unicidade do ordenamento jurídico, não há porque se considerar que uma interpretação interdisciplinar promoverá o fim do direito privado com a sua conseqüente publicização. Conforme assenta Fabíola Albuquerque:

Uma análise precipitada dos efeitos decorrentes da supressão do princípio da autonomia da vontade, para o direito privado, pode induzir a uma conclusão imprecisa, pois o fato de haver ingerência estatal em alguns institutos eminentemente privados, a exemplo da propriedade, da lei de locação de imóveis urbanos, do estatuto da criança e do adolescente, não importa em uma transmutação do direito privado para o direito público.¹¹¹

Partindo-se da premissa que o indivíduo não vive isolado, e sim envolvido numa complexa rede de relações sociais com outros indivíduos, é difícil compreender como poderiam seus bens refletir interesses apenas para si. Nesse contexto, não se pode vislumbrar a constitucionalização do direito privado como um sufocamento da vida privada e das relações civis, ou pior, como uma ameaça ao espaço de liberdade historicamente conquistada pela sociedade civil frente ao Estado.

Como relembra Tepedino¹¹², a propriedade, a família e o contrato não migraram para outros ramos do direito diante da intervenção do poder público. Trata-se apenas de uma transformação qualitativa dos institutos do direito civil, iluminados pelo Texto Maior sem suprimir a autonomia privada, seus poderes e responsabilidades na construção de uma sociedade solidária.

Se a ordem constitucional é única, nenhum espaço está desvinculado de seu programa social, e nenhum ato, seja público ou privado pode escapar dos princípios constitucionais cuja eficácia é imediata.

¹¹¹ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de Propriedade e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 56.

¹¹² TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**. Boletim da Faculdade de Direito Studia Jurídica. Nº 48. Colloquia 6. Coimbra: Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000. p. 341.

3. A Propriedade no Estado Social

As transformações do século XX não permitiram uma passagem imune nem da Constituição Federal nem do Código Civil por todas as relações humanas e pelos novos valores que elas proporcionaram. O caráter individualista, pautado no exercício de liberdade de um proprietário desvinculado de laços sociais, não se contextualiza mais com uma sociedade que partilha dramas e conquistas em escala planetária.

No mundo moderno, os problemas ambientais apresentam ao ser humano uma realidade que até então não pertencia ao consciente coletivo: somos todos ligados pela mesma teia, a qual comporta elementos humanos e não-humanos, ambos necessitando de espaço no cenário jurídico. Esse modelo exige uma mudança de postura do cidadão e do Estado, e conseqüentemente das ações e das normas.

Numa sociedade onde a propriedade era um bem sagrado e um direito absoluto, não se poderia imaginar um Código Civil com conteúdo solidarista e convocador de deveres. Esse cenário só poderia surgir numa época em que as relações privadas contemplassem um cidadão de direitos individuais com compromissos existenciais. As sementes lançadas pela Constituição Federal Brasileira em 1988 geraram frutos importantes na edição do Novo Código Civil em 2002, cujo avanço ainda depende muito do crescimento dessas mesmas sementes no trabalho dos intérpretes do direito. Assim se explica uma legislação civil pretérita centrada no patrimônio, que deu lugar a uma legislação presente pautada nos bens existenciais.

Nas palavras de Benjamim, a Constituição de 1988 estimulou “a atualização do direito de propriedade, de forma a torná-lo mais receptivo à proteção do meio ambiente, isto é, reescrevendo-o sob a marca da sustentabilidade”.¹¹³ E assim acrescenta:

Coube à Constituição – do Brasil, mas também de muitos outros países – repreender e retificar o velho paradigma civilístico, substituindo-o, em boa hora, por outro mais sensível à saúde das pessoas (enxergadas coletivamente), às expectativas das futuras gerações, à manutenção das funções ecológicas, aos efeitos negativos a longo prazo da exploração predatória dos recursos naturais, bem como aos benefícios tangíveis e intangíveis do seu uso-limitado (e até não-uso)¹¹⁴

O novo direito privado brasileiro nasceu na promulgação da Constituição Federal de 1988, mas é o tempo, que associado ao trabalho dos intérpretes, o tem talhado e aperfeiçoado, insculpindo-lhe novos valores, inadiáveis diante do mundo que insiste em mudanças que desafiam o conservadorismo das leis. Uma marca indelével desse novo tempo é um tratamento mais humano e universal ao direito de propriedade, muito embora ainda se tenha muito a avançar.

Sem sombra de dúvidas, releituras importantes já são visíveis no tratamento do direito de propriedade, abarcadas pelo princípio da solidariedade. O direito de explorar, previsto no art.5º, XXII da Constituição Federal passa a ser secundário em face de um direito que lhe é oposto, o de não degradar. No direito de família, a solidariedade justifica o dever de alimentos, a paternidade sócio-afetiva e a adoção. No campo dos contratos, o solidarismo passa a ser dever dos contratantes, constituindo-se no dever de mútua cooperação para que as duas partes possam cumprir suas respectivas obrigações. E aqui também formou-se uma concepção contratual baseada fundamentalmente na solidariedade: os seguros. “Pluralidade

¹¹³ BENJAMIM, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p.67.

¹¹⁴ Id. p.66.

subjetiva e unidade de objeto constituem, portanto, a essência do instituto da solidariedade do direito obrigacional.”¹¹⁵

Esse diálogo do direito constitucional com o direito civil, foi essencial para a construção de um direito mais justo e mais solidário.

3.1. A concepção de propriedade no Código Civil Brasileiro.

Quando o cidadão conheceu a separação do Estado e erigiu a liberdade à categoria de direito fundamental, sentiu a necessidade da elaboração de uma lei que justificasse no Estado de Direito o pleno exercício da autonomia da vontade. Sob essa premissa, surgiu o Código Civil, de origem francesa, e difundido em todo o mundo ocidental como a constituição do direito privado.

O Código Civil Brasileiro, de 1916, abarcou a concepção liberalista e por isso seu conteúdo patrimonial ressalta sobre qualquer outra matéria. Nele não se defendeu de forma profunda os direitos da personalidade porque a sua missão era regular as relações advindas das relações de propriedade, especialmente o contrato. E mesmo nas relações de família, a preocupação do legislador era com o regime de bens e sua partilha ao final do casamento. A propriedade era o foco, não a pessoa.

A promulgação da Constituição de 1988 trouxe novos direitos, característicos do Estado Social, e trouxe para o seu texto a regulação do direito privado, matéria estranha para um conteúdo constitucional até então. Determinou-se ali uma nova concepção da propriedade, face aos conteúdos dos direitos de segunda e de terceira geração, fato que tornou inevitável a atualização dos conceitos ainda inseridos no Código Civil. Promulgou-se então a Lei 10.406/2002.

¹¹⁵ Moraes, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade.** In A construção dos Novos Direitos. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 233.

A família passou a ter como base o afeto e os contratos receberam as cláusulas gerais da função social e da boa-fé. A pessoa humana passou a fazer parte da linguagem do direito privado. A lógica da justiça retributiva foi substituída pela justiça distributiva, forjando-se uma dogmática da responsabilidade civil inspirada nos princípios da solidariedade social.¹¹⁶

Muito se avançou com o novo código na proteção dos direitos da personalidade e estabeleceu-se um novo critério de interpretação sobre cada dispositivo que aparentemente priorizasse o patrimônio, focando sempre na interpretação em conformidade com a constituição. A doutrina civilista dominante, a exemplo de Paulo Lôbo, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Ingo Sarlet, denominam este fato como a constitucionalização do direito privado.

Não obstante tais avanços, não se verifica ainda uma regulamentação mais precisa nas relações jurídicas de propriedade onde seja proeminente o fator ecológico. É bem verdade que o texto do Código Civil de 2002 traz o art. 1.228¹¹⁷, onde se prevê o dever de proteção dos recursos naturais, mas também é certo que este não é suficiente para dirimir questões mais complexas que envolvam choques entre o exercício do direito de propriedade e o dever de sustentabilidade.

Não recebeu a tutela ambiental um capítulo ou seção especial junto ao instituto da propriedade, deixando de se inserir no direito das obrigações e no direito das coisas de forma incisiva. O abuso do direito por parte do proprietário também não se configurou em privação da propriedade, como ocorre com a necessidade de desapropriação ou da utilização de boa-fé

¹¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**. Boletim da Faculdade de Direito Studia Jurídica. Nº 48. Colloquia 6. Coimbra: Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000. p. 333.

¹¹⁷ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

por terceiros para uso de interesse social e econômico. A linguagem ecológica ainda não se integrou ao Código Civil, o que distancia este diploma legal da convocação constitucional à sustentabilidade.

Observe-se que o próprio art. 1.228 afasta para a lei especial o dever de regulamentação do dever de preservação ambiental que se atrela ao exercício da propriedade. Com isso, o texto da lei não se renova em sua linguagem, de modo a inserir o princípio de sustentabilidade em cada instituto que envolve a propriedade privada. Adia-se assim uma formação do cidadão proprietário condizente com os anseios do século XXI frente ao problema ecológico que o planeta enfrenta. Nesse contexto, oportunas são as palavras de Fabíola Albuquerque:

Fica patente na realidade moderna que apenas a limitação à propriedade privada, proveniente dos direitos de vizinhança, é insuficiente para fazer frente às demandas atuais, sobretudo quanto a área em litígio é uma área de preservação ambiental. O que revela a insuficiência da codificação para enfrentar demandas envolvendo os chamados novos direitos.¹¹⁸

É inevitável a percepção de que o direito de propriedade, embora resguarde o princípio do direito individual, de base capitalista, por força dos novos fundamentos constitucionais, não é mais o mesmo direito do século XIX. Não se converteu em propriedade comum, típica dos regimes socialistas e comunistas, mas conta com um alargamento do seu conteúdo, que não se restringe aos direitos sociais, como o direito do trabalho. Seu conteúdo encontra-se humanizado e mais conformado com os novos direitos, especialmente os difusos, como a proteção do meio ambiente, que agrega o dever de sustentabilidade aos direitos a ela inerentes.

Uma Constituição que tem como fundamento os valores humanos, sociais e ecológicos precisa encontrar seu espaço no texto do Código Civil. Para tanto, é preciso a

¹¹⁸ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de Propriedade e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 41.

ampliação da visão do operador do direito, alargando os institutos e visualizando as categorias sob a luz dos valores constitucionais.

Partindo desse pressuposto, Roxana Borges visualiza um alargamento da categoria dos bens prevista no Código Civil. Adverte que a expressão “bem de uso comum”, trazido naquele diploma, confere a qualidade de bem público, que não reflete o bem ambiental trazido pela Constituição. Segundo ela, a previsão constitucional que caracterizou o bem ambiental como de uso comum do povo, ampliou a lista trazida pela legislação ordinária, acrescentando-lhe o “bem difuso” e acrescentando aos já existentes o “interesse difuso”.¹¹⁹

Sem retirar a qualificação de bem público ou privado, o bem de interesse difuso faz incidir sobre estes bens um regime jurídico de interesse difuso que, quando indispensável para a manutenção da qualidade ambiental, sobrepõe-se à natureza jurídica pública ou privada que um bem possa ter.¹²⁰

Já o bem difuso se configura numa terceira modalidade, distinta do bem público e do bem privado, e que portanto não é passível de apropriação tanto pelo particular quanto pelo Estado. Trata-se do meio ambiente, considerado como macrobem. Portanto, propõe a autora a existência de três categorias de bens ambientais: os bens ambientais privados de interesse difuso, os bens ambientais públicos de interesse difuso e o bem difuso propriamente dito (seu objeto é difuso e sua titularidade também).¹²¹

Como se vê, o Código Civil ainda não abarcou significativamente os princípios ambientais trazidos pela Constituição Federal. Há necessidade, portanto, de uma atualização da linguagem e das categorias ali existentes. Não obstante, partindo-se da constitucionalização

¹¹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Reconstruindo o Direito Civil a partir do Direito Ambiental:** contrato, bens, sujeito. **Diritto & Diritti – Rivista Giuridica On Line.** In <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/24661.html>, capturado em 15 de outubro de 2009. p. 18.

¹²⁰ Loc. Cit.

¹²¹ Id. p. 20.

do Direito Civil já é possível ampliar a interpretação dos conceitos e adaptar as categorias aos novos paradigmas.

A nova interpretação do direito privado altera o centro da propriedade da plena e exclusiva satisfação do indivíduo para um eixo diferente calcado sobre o interesse coletivo e o bem estar comum. E nesse sentido propõe Perlingieri uma “conformação do estatuto proprietário”, o que não deve ser confundido com um estatuto substancialmente expropriativo. E segue afirmando¹²²:

A conclusão pela qual é preciso falar de conteúdos mínimos da propriedade deve ser interpretada não em chave jusnaturalista, mas em relação à reserva de lei prevista na Constituição, a qual garante a propriedade atribuindo à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, de gozo e os limites, com o objetivo de assegurar a função social e de torná-la acessível a todos.

Torna-se inevitável a conclusão da fragilidade do código civil para enfrentar os problemas contemporâneos que batem às portas da propriedade privada. Sua linguagem rígida e a resistência na atualização dos institutos frente aos problemas ambientais entrega uma maior responsabilidade ao intérprete que terá que buscar em outros ramos do direito as soluções adequadas a cada caso concreto.

Adverte Fabíola Albuquerque que diversos institutos da legislação civil estão dissociados do contexto social, especialmente a propriedade. E por esta razão acrescenta:

O errôneo entendimento quanto à indiferença da lei civil no tempo, desprovida de dinamização e infensa à interdisciplinariedade, são características denunciadoras da inadequação daquela para dirimir os conflitos da modernidade, principalmente quando envolvem os chamados novos direitos, a exemplo do meio ambiente.¹²³

Ainda parece estranho ao legislador a idéia de que propriedade privada e preservação ambiental não apresentam interesses antagônicos, e nesse sentido, encontra

¹²² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 231.

¹²³ Albuquerque, Fabíola Santos. **Direito de Propriedade e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 64.

dificuldades em regulamentar as relações de propriedade num contexto ambientalmente sustentável.

A tutela ambiental não se configura uma ameaça ao direito de propriedade. Antes de tudo é uma garantia da sadia qualidade de vida do cidadão proprietário, que precisa entender a correta harmonia entre direitos e deveres, bem como seu papel na grande teia da vida composta pela natureza.

3.2. Dignidade da pessoa humana em sua concepção ecológica e solidária

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e se configura em Estado Social, erguido sobre cinco fundamentos básicos¹²⁴, dos quais ora se destaca a dignidade da pessoa humana. Este é um valor filosófico positivado, constituindo-se em princípio norteador para a criação e interpretação de outras normas.

Resultado que é das lutas sociais que buscaram a proteção dos direitos humanos, o princípio da dignidade humana historicamente foi lido em sua concepção antropocêntrica, pois somente o indivíduo humano seria capaz de possuir dignidade e a este se destinaria a tutela do direito. Ressalte-se que nesse contexto, a dignidade é princípio que materializa um direito subjetivo do homem, oponível aos particulares e ao Estado.

O Estado de Direito consolidou a certeza de que o ser humano é o centro de proteção do ordenamento jurídico porque ele é um fim em si mesmo, não existindo qualquer outro ser passível de receber a proteção jurídica porque incapaz de possuir dignidade. Assim a proteção de todos os direitos sempre tem o fim de proteger o ser humano, dotado de liberdade, racionalidade, autonomia e autodeterminação.

Essa visão antropocêntrica tem sido colocada em xeque desde que o Estado Social precisou dar respostas aos conflitos trazidos pelo dever de tutela de outro elemento

¹²⁴ São fundamentos do Estado Democrático de Direito: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político.

fundamental, o meio ambiente. Como assegura Morato Leite¹²⁵, “a razão humana situa o ser humano em uma irrefugável posição de proeminência sobre a natureza.” E assegura que essa forma de pensar e agir levou o indivíduo a dilemas éticos diante das conseqüências de um modo de agir fundado tão somente em valores econômicos.

Esse momento de reflexão abriu espaço para um “antropocentrismo alargado” dentro dos ordenamentos jurídicos que tutelam a proteção do meio ambiente (e aqui inclui-se o Brasil), onde se mantém o centro das discussões na figura do ser humano, mas ao mesmo tempo se considera uma autonomia do ambiente, ainda que como requisito para a sobrevivência da espécie humana.¹²⁶ “Pugna essa concepção pelo reconhecimento concomitante de um direito subjetivo do indivíduo e da proteção autônoma do ambiente, independentemente do interesse humano”.¹²⁷

Numa escala internacional, esse modelo foi acolhido pela Convenção das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, constando em seu art. 2º que “a natureza no seu todo exige respeito e cada forma de vida é única e deve ser preservada independentemente do seu valor econômico”.

Norberto Bobbio afirma que os direitos vão surgindo ao longo do tempo, através das novas necessidades e das novas relações jurídicas vividas pelos homens. A mudança de cenário no elenco dos direitos fundamentais positivados desde o século XVIII parecem relatar mundos diferentes, tamanha a disparidade dos valores sociais que eles representam. E nesse sentido assegura o autor que “não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas

¹²⁵ LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de Risco e Estado**. In Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p.136-137.

¹²⁶ Id .p.137.

¹²⁷ ¹²⁷ Id. p.194.

contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens.”¹²⁸

À medida que o princípio da dignidade é elevado a patamar de fundamento do Estado, faz emergir nos ordenamentos jurídicos, um feixe de posições jurídicas objetivas e subjetivas, e passa a vincular na mesma proporção tanto o Estado quando os cidadãos, garantindo-se tanto prestações negativas quanto positivas na busca de sua plena efetividade.

Não obstante tal assertiva, não se pode negligenciar uma leitura do art. 1º da Constituição Federal Brasileira em consonância com o art. 3º do mesmo diploma. Neste último artigo, tem-se os objetivos do Estado, apontando os caminhos a serem percorridos ao se exercitarem os princípios que lhe dão fundamento. Partindo-se desse pressuposto, inegável é o encontro do princípio da dignidade com o princípio da solidariedade, um mostrando o ponto de partida, e outro, o de chegada.

Tiago Fensterseifer defende a existência de mais de uma dimensão para o princípio da dignidade, fazendo-o nos seguintes termos:

Nesse ponto, merece registro o entendimento de acordo com o qual a dignidade possui uma dimensão ontológica que não se limita a uma concepção estritamente biológica ou natural da dignidade humana, mas que comporta também outras dimensões, como a comunitária ou social e a histórico-cultural. E com base nas idéias aqui lançadas, também ecológica.¹²⁹

O autor lança as bases para o entendimento de que o princípio da dignidade humana não se restringe a um direito, mas comporta em seu conteúdo uma outra face, composta pelos deveres atribuídos ao sujeito de direito. Esse senso de dever (moral e jurídico) cria um laço forte entre o direito a sua condição existencial mínima, e a sua responsabilidade

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.18.

¹²⁹ Fensterseifer, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 33

para com os seres animados e inanimados que compartilham o mesmo espaço de convivência, o planeta. Defende ele a dimensão individual, social e ecológica do princípio da dignidade.

Uma concepção solidária do direito à dignidade humana revela o reconhecimento de que o ser humano não foi concebido de forma isolada e assim não pode ser compreendido. Ao contrário, faz parte de uma teia composta por uma complexidade de formas de matérias vivas e não-vivas, que necessitam de um diálogo constante para se manterem em equilíbrio. Desta forma, sua garantia de existência mínima será determinada pelo grau de responsabilidade em que exercita seus direitos. Será o dever quem proporcionará a possibilidade de garantia do direito.

Nessa seara, o suíço Saladin sustenta um novo perfil constitucional que busque assentamento na questão ambiental. Para ele, são três os princípios que devem nortear as constituições: a) princípio da solidariedade (justiça intrageracional); b) princípio do respeito humano pelo ambiente não-humano (justiça interespecies); c) princípio da responsabilidade para com as futuras gerações (justiça intergeracional). E é nesse contexto que a Constituição Suíça acrescentou em seu texto constitucional (art.24) a “dignidade da criatura”.¹³⁰

Esse novo paradigma leva a uma reflexão sobre a atribuição de dignidade às gerações futuras, bem como às formas de vida diferentes da forma humana. Se o conceito de dignidade traz uma referência “ao outro”, aqui também podem ser incluídos “os outros” que se encontram num espaço-tempo diferente, ou seja, as futuras gerações. É o princípio da solidariedade que permitirá a consideração de um direito supratemporal, obrigando o cidadão de hoje a um agir responsável (moral e juridicamente), garantindo a existência digna dos que lhe sucederão.

¹³⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 39.

Bosselmann defende a idéia de direitos humanos (e fundamentais) ecológicos.[...] A partir de tal compreensão, os direitos humanos (como por exemplo, a dignidade humana, a liberdade, a propriedade e o desenvolvimento) precisam corresponder ao fato de que o indivíduo não opera somente num ambiente social, mas também num ambiente natural. Assim como o indivíduo deve respeitar o valor intrínseco dos seres humanos, o indivíduo também deve respeitar o valor intrínseco de outros seres, como animais, plantas, ecossistemas, etc, consubstanciando a idéia de *deveres ecológicos* do ser humano para com as demais manifestações existenciais.¹³¹

Reconhecer o valor intrínseco do meio ambiente como ponto de partida para a sua proteção jurídica é o começo da cristalização de uma ética da responsabilidade, um caminho a ser trilhado pelo legislador e pelo intérprete das normas jurídicas no intuito de atingir os objetivos propostos pelo Estado Democrático de Direito (art. 3º da Constituição Federal brasileira).

3.3. Da relação jurídica entre Direito de Propriedade e Direito Ambiental. Apenas uma aparente colisão de princípios.

Há uma tensão constante entre o indivíduo e a coletividade no âmbito do Estado Democrático de Direito. Desde a implantação do Estado Liberal o diálogo (ora pacífico ora conflituoso) entre cidadão, sociedade e Estado tem fornecido as premissas para o avanço do catálogo dos direitos fundamentais. Ora ganhando o indivíduo, ora o coletivo, ora o Estado, é que se foi avançando na tutela dos direitos, até os dias atuais em que tal choque de interesses abre espaço para uma união de forças na defesa do bem maior que permite a realização de todos os outros direitos fundamentais: a sadia qualidade de vida.

O fato de ser a propriedade um direito fundamental gera o questionamento sobre o fato de ser, ou não, um direito ilimitado. Uma resposta negativa é fácil de ser detectada no ordenamento jurídico brasileiro, pois é condição do exercício de um direito a limitação de conteúdo de outro, especialmente quando se trata da liberdade de ação dentro do conteúdo proposto pela norma. E se o livre exercício do direito acarreta um inevitável enfrentamento

¹³¹ Id. p. 40.

com outros direitos no caso concreto, tem-se tão somente uma tarefa de aplicar a correta distribuição das liberdades.

Importante salientar que a visualização de uma situação de colisão entre direitos fundamentais só se mantém até que o intérprete realize um estudo apurado dos fundamentos das normas sob análise. Portanto, o termo “enfrentamento” se mostra mais adequado que “colisão”, uma vez que a resposta normativa existe, precisando apenas ser conhecida pelo intérprete através de um processo de racionalização.

Robert Alexy, ao tratar da possibilidade lógica de restrições a direitos fundamentais, apresenta duas teorias: a externa e a interna. Na teoria externa “essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.” Já na teoria interna “o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite”.¹³²

Partindo desses dois pontos de vista, torna-se pertinente avaliar qual das duas teorias se aplica à relação jurídico-constitucional existente entre o direito de propriedade e o direito ambiental. Antes, porém, é imprescindível situar topograficamente a norma que no direito brasileiro é a bússola da tutela à proteção do meio ambiente, ou seja, o art. 225 da Constituição Federal. Trata-se de verdadeiro princípio normatizado, sobre o qual se ergue a torre de regras que regulam os bens ambientais.

Sob o pálio da teoria de Alexy, algumas normas de direito fundamental podem ser normas de restrição a outros direitos fundamentais. Um pressuposto básico, porém, é que possuam hierarquia constitucional ou que tenham sido criadas por autorização direta da Constituição. Nesse contexto, é possível afirmar que as normas de direito ambiental de

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 277.

natureza constitucional ou que reflitam compatibilidade direta com a Constituição possuam a natureza de normas restritivas ao direito fundamental de propriedade.

Alinhavando o presente raciocínio, diz o autor:

Um *princípio* é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. (grifos do autor)

O direito de propriedade, enquanto direito fundamental, atribui ao seu titular uma liberdade *prima facie*, ou seja, dá ao indivíduo possibilidades de aplicação que encontram limites em outras normas de direito fundamental, a exemplo da proteção ao meio ambiente.

Indubitavelmente há um conflito a ser resolvido neste terceiro milênio: encontrar um meio jurídico adequado para compatibilizar o exercício do direito fundamental da propriedade com a proteção do meio ambiente, harmonizando os interesses no lugar de compreendê-los como opostos.

Deve-se buscar, na regulamentação do uso dos recursos ambientais, uma solução de equilíbrio entre direito de propriedade individual e a defesa da qualidade de vida de toda a coletividade. O conceito de desenvolvimento sustentável pretende ser muito mais do que um princípio reservado ao Direito Ambiental exclusivamente, impondo-se que seja contemplado por todos os outros ramos do Direito, como o Direito Econômico e o Direito Civil, na normatização do Direito de Propriedade.¹³³

Morato Leite¹³⁴ afirma que a proteção do meio ambiente atribui uma responsabilidade compartilhada entre o Estado e a coletividade, e acrescenta:

A questão da responsabilidade compartilhada traz a noção de obrigação de os sujeitos da coletividade terem o exercício do direito de propriedade limitado pela obrigação de abstenções (evitando os excessos, pela necessidade de enquadrar seu direito aos limites impostos) por serem partícipes da coletividade responsável pela proteção ambiental.

¹³³ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.28.

¹³⁴ LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de Risco e Estado**. In Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p. 142.

O princípio da função social cobrou do Estado um posicionamento ativo na sua relação com os particulares. A função ambiental, que lhe é decorrente, cobra do Estado e dos particulares um dever de responsabilidade para com o meio ambiente. “Mas, mesmo em se concebendo a divisão entre direito público e direito privado, Carbonnier lembra que tal divisão não exclui as influências recíprocas entre os dois ramos, nem suas compenetrações.”¹³⁵

O direito ambiental não produz limitações ao direito de propriedade, apenas estabelece as condições de seu exercício. A dimensão ambiental da função social da propriedade vem estabelecer uma conformação dos dois direitos fundamentais, o de propriedade e o de proteção ao meio ambiente. O uso sustentável da propriedade privada não retira seu conteúdo econômico, apenas o realiza sem causar danos aos demais portadores de direitos. Alinhando esse pensamento, oportunas são as palavras de Paulo Lobo quando afirma:

A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente o interesse social. O exercício do direito individual de propriedade deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos.¹³⁶

No âmbito do direito brasileiro o instituto da propriedade é um grande exemplo dessa concepção de deveres fundamentais fundados no dever de solidariedade. A projeção de outros direitos constitucionais sobre ela, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da função social, e da tutela do meio ambiente equilibrado, demonstra que o conteúdo da propriedade já se encontra bastante alterado desde a concepção liberalista, sendo visível a idéia de um direito-meio e não mais um direito-fim como se propôs na revolução francesa.

¹³⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.75.

¹³⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Nº 141, jan-mar. Brasília: Senado Federal, 1999. p.106.

O Estado de Direito em sua face contemporânea abandona a concepção individualista e agrega ao direito de propriedade uma dimensão existencial que inclusive sobrepõe a pessoa ao patrimônio, traçando novos caminhos para o conteúdo deste direito fundamental.

Quando a doutrina do Direito Civil-Constitucional passa a desconstruir a hipertrofia do patrimônio, que marcou a sua trajetória histórica desde a Revolução Francesa e o Código Napoleônico, e consagra valores de natureza existencial, está aberta a porta também para o direito fundamental ao ambiente ocupar o seu espaço de forma definitiva no seio do Direito Civil contemporâneo, considerando-se a sua essencialidade para a realização de uma existência humana digna e saudável, objetivo maior que ambos os ordenamentos constitucional e civil perseguem.¹³⁷

A propriedade não mais pode se desvincular de sua nova base fundamental: as necessidades humanas, a tutela ambiental e os interesses coletivos.

3.4. Função Social da Propriedade em seu aspecto ambiental

O Estado Moderno conheceu imposições jurídicas ao direito de propriedade pela primeira vez com o advento do Estado Social. Seu nascimento foi o resultado de reflexões sobre as conseqüências da existência de direitos absolutos dentro de um ordenamento jurídico. O capitalismo liberal gerou desigualdades de tal monta que já não era possível desconsiderar a necessidade de proteção jurídica a categorias de pessoas, pois não se sustentava mais a idéia de um Estado distante da sociedade, frente às enormes necessidades de uma população cada vez mais carente de assistência social.

Num cenário como este, a propriedade foi o principal alvo de um ordenamento mais ponderado e que buscava a justiça social. Surge assim a função social da propriedade. “Foi a necessidade de superar as concepções individualistas do direito privado, nas quais o homem é tomado isoladamente – destacado de seus semelhantes- que resultou na consagração

¹³⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 210.

da noção de função social da propriedade.”¹³⁸ Durkheim foi um dos primeiros a defender a solidariedade como um fato objetivo e científico, o qual deveria substituir a fraternidade, num plano institucional.¹³⁹

Os estudos de Augusto Comte e Leon Duguit foram de fundamental importância na construção do conceito de função social da propriedade. A filosofia positivista de Comte destaca “a ligação de cada um a todos, sob a multidão de aspectos diferentes, de maneira a tornar involuntariamente familiar o íntimo sentimento de solidariedade social, convenientemente desdobrado para todos os tempos e todos os lugares”.¹⁴⁰ A igreja católica também teve um papel importante no reconhecimento jurídico da função social, à medida que cobrou do Estado já no fim do século XIX um gravame funcional à propriedade privada.¹⁴¹

O positivismo tinha como centro uma reação ao individualismo propagado pela Revolução Francesa, instigando cada indivíduo a viver em prol de toda a humanidade. Defende tal doutrina a idéia de que a visão social deve sempre prevalecer sobre os direitos individuais, uma concepção que não se confunde, todavia, com os conceitos mais radicais insculpidos pelo socialismo e pelo comunismo, uma vez que não propõe uma ruptura com o sistema sócio-econômico vigente.

Ao referir-se à socialização do conceito de propriedade, Duguit está na verdade adequando o Direito à realidade do início do século XX e reconhecendo que, exceção feita à propriedade dos objetos de consumo (ressalva que será questionada

¹³⁸ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 83.

¹³⁹ FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.213.

¹⁴⁰ *apud* FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p 83.

¹⁴¹ A Igreja Católica promoveu uma crítica intensa ao liberalismo econômico. Através da encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, ela cobrava do Estado uma intervenção que garantisse uma melhoria nas condições da classe operária e uma distribuição mais justa das riquezas. Para mais informações sobre o papel da Igreja Católica na difusão da concepção cristã da propriedade, ver Figueiredo, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.87-89. No mesmo sentido, Farias, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.211-212.

mais á frente), todas as propriedades capitalistas – mobiliárias e imobiliárias – evoluem num sentido social.¹⁴²

A Constituição do México, de 1917, foi a primeira a proteger os direitos sociais do homem, seguida da Constituição de Weimer que previa os direitos individuais, sociais e econômicos. Esta última é considerada a primeira a consagrar o princípio da função social da propriedade, exercendo forte influência na Constituição Brasileira de 1934. Era a primeira vez que se agregava uma obrigação ao direito de propriedade, que até então só conhecia o regime de proteção absoluta.

O exercício da função social da propriedade já se resumiu à atividade produtiva. Essa concepção difundiu-se intensamente nas regras dispostas no Código Civil brasileiro desde 1916. Essa faceta econômica da função social da propriedade se solidificou porque a produção de bens e serviços garante a satisfação de necessidades básicas da sociedade, a exemplo da saúde, educação, qualidade de vida. O problema é quando este valor é o único a nortear o uso da propriedade.

O reconhecimento de direitos coletivos certamente não foi algo fácil de ser absorvido pelos indivíduos proprietários recém-saídos do Estado Liberal. O projeto político da Revolução Francesa não poderia prever uma preocupação com a crise ambiental. A mudança de paradigma exigia uma postura moral diferenciada entre o sujeito, os seus pares e o meio ambiente que o cerca. Até então só se conhecia a necessidade de proteção na relação indivíduo-Estado, nunca nas relações privadas, afinal, os cidadãos eram livres e não se submeteriam a situações jurídicas se assim não o quisessem.

Essa postura do cidadão se explica pelo fato de que não se vivia ainda uma realidade onde fosse perceptível cientificamente a esgotabilidade dos recursos naturais. A

¹⁴² Figueiredo, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 85.

sociedade de consumo apenas ensaiava seus passos e não se verificava a necessidade de gerir a destinação dos resíduos advindos da produção industrial.

As relações nascidas da ligação entre o capital e o trabalho trouxeram a primeira necessidade de regulamentação de direitos fora da vinculação política existente entre o cidadão e o Estado. Os movimentos revolucionários que deram origem ao comunismo e ao socialismo foram importantes para iniciar um questionamento acerca da necessidade de intervenção do Estado na propriedade.

E muito posteriormente, a poluição advinda da sociedade de produção instigou os indivíduos a repensar a relação jurídica entre o sujeito e o meio ambiente. À medida que o Estado Social reconhecia a existência de direitos fora da concepção individualista, assentava-se de forma cada vez mais intensa o princípio da solidariedade como objetivo a ser perseguido pelo Estado de Direito.

O projeto do Estado Social ainda não se concluiu e o século XX trouxe mais um desafio, o gerenciamento do mau uso do “sagrado direito de propriedade” do Estado Liberal. Parece ser o momento de se buscar de forma mais densa a jurisdicização do terceiro ideal burguês: a fraternidade. Começa-se a perceber que o conteúdo da propriedade não se esgota num só elemento, qual seja, a proteção da individualidade do proprietário. A ele se agregam os aspectos sociais e ambientais.

No sentido de combater a hipertrofia do indivíduo e a base axiológica marcadamente patrimonialista do modelo do Estado Liberal, o “novo” Estado de Direito projeta como seu estandarte axiológico o terceiro (e quase esquecido!) lema da Revolução Francesa, qual seja, a solidariedade (ou fraternidade), de cunho eminentemente existencial, comunitário e universalista.¹⁴³

Cria-se assim o espaço necessário para a proteção jurídica do meio ambiente e conseqüentemente o seu reconhecimento como direito fundamental. Todavia, no Brasil, a

¹⁴³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.97.

criação das primeiras leis de proteção ambiental não eram revestidas de uma noção de proteção jurídica do meio ambiente, preocupavam-se tão somente com a proteção das matas e bosques de propriedade pública. Portanto, ainda não se cristalizara a eficácia das normas de proteção ambiental no exercício da propriedade privada.

Não obstante a edição do Código de Águas na década de 1930 e do Código Florestal na década de 1960, somente após a realização da Conferência das Nações Unidas em Estocolmo (1972) é que se planta as bases para um ramo do direito autônomo, transdisciplinar e de principiologia própria: o direito ambiental.

Hodiernamente, o direito ambiental se preocupa com aspectos que vão além da proteção da fauna e da flora, regulamentando a ocupação dos espaços urbanos, o meio ambiente do trabalho e o ambiente cultural. A proteção do meio ambiente passa a ter eficácia nas relações privadas, no exercício do direito individual de propriedade.

Essa preocupação com o aspecto ambiental trouxe alguns questionamentos sobre a força normativa das regras e princípios protetivos do meio ambiente, frente ao direito fundamental da propriedade. Alguns autores chegam a sustentar a existência de um novo princípio, a função ambiental da propriedade, enquanto outros vão mais além, caracterizando o Estado sócio-ambiental de direito.

Ficamos com a posição de Guilherme de Figueiredo que, rejeitando a expressão “sócioambiental”, prefere a expressão “dimensão ambiental” da função social da propriedade. Segundo ele, “o neologismo só traz maiores dificuldades para a consagração de uma concepção de função social da propriedade que contemple todas as suas dimensões.”¹⁴⁴

O autor ressalta ainda que não se deve confundir a estrutura conformadora do direito de propriedade com as restrições de direitos dominiais trazidas pelas limitações

¹⁴⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.38.

administrativas. Segundo ele, a intervenção das normas de direito ambiental no direito de propriedade é a consubstanciação do princípio da função social da propriedade, sendo o próprio contorno jurídico do instituto da propriedade privada.¹⁴⁵

Essa ligação entre direito de propriedade e direito ambiental se mostra evidente no texto do art. 170 da Constituição Federal Brasileira. Ali se apresentam os princípios fundamentais da ordem econômica, uma área que regula o conteúdo dinâmico da propriedade. Nos seu inciso VI encontra-se a defesa do meio ambiente como um dos seus fundamentos.

¹⁴⁵ Id. p.32.

4. Premissas para uma propriedade mais solidária.

4.1. Cidadania universal: um compromisso do Estado e da sociedade

A idade primitiva da civilização calcou um conceito muito particular de cidadania, ela se vinculava ao culto religioso das cidades. Segundo Fustel de Colanges, “se quisermos definir o cidadão dos tempos antigos por seu atributo mais essencial, deveremos dizer que é o homem que detém a religião da cidade.”¹⁴⁶

A concepção de cidadão, de origem francesa e revolucionária, alçava o indivíduo a um patamar que o retirava das condições desiguais provenientes da distinção clara entre realeza e classes inferiores. Essa noção dava ao sujeito uma garantia de igualdade nas suas relações privadas.¹⁴⁷

Tempos depois, quando a Assembléia das Nações Unidas se reuniu em 1948 para aprovar a Declaração dos Direitos do Homem, deu-se um passo fundamental para o desenvolvimento de uma teoria sobre a cidadania, aquela baseada na existência de direitos universais. Segundo Figueiredo, “a mesma globalização da economia, política, sociedade e cultura estabelece algumas das bases de uma percepção da sociedade global em formação, da cidadania em escala mundial.”¹⁴⁸

Desde o início do projeto liberal burguês o cidadão só conheceu a busca de seus direitos individuais, exigindo do Estado o reconhecimento de sua liberdade e de sua propriedade. Num momento posterior, já no Estado Social, percebeu a necessidade do valor dignidade. Os problemas vividos no século XX demonstraram que a proteção destes direitos não é somente uma missão do Estado, mas também de cada cidadão.

¹⁴⁶ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Edson Bini. 4 ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 159.

¹⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p. 53.

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.30.

François Ost assegura que do século XIV ao XVI trilhou-se um caminho de desenlaçar os fios que ligavam os homens entre si através do partilhamento das coisas. A reivindicação das liberdades associou-se à conquista da propriedade privada, desvinculada do dever de assegurar a harmonia ecológica e a solidariedade interpessoal. Segundo o autor, uma concepção “que será necessário, mais tarde, reinstaurar laboriosamente, por meio de leis e regulamentações sempre ressentidas como constrangimento externo.”¹⁴⁹

E esse é um assunto que exige um redimensionamento do projeto individual determinado pelo Estado Moderno, que passa de forma intrínseca pelo tratamento jurídico da propriedade e do proprietário. A construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, que tem como ponto de partida o ideal de um sujeito ligado globalmente aos outros sujeitos, não é um projeto do Estado, mas deste e de toda a sociedade. Nas palavras de Tiago Fensterseifer, “não se deve mais conceber um cidadão que domina a Natureza para criar seu próprio mundo, mas sim um ser da Natureza que cria seu mundo convivendo com ela.”¹⁵⁰

É preciso perceber a realidade relacional do indivíduo, transportando este conceito para todo o sistema jurídico, especialmente para os direitos individuais.

O Estado liberal foi um fruto histórico da tensão entre o desejo de liberdade do indivíduo e o poder dominador da igreja e da monarquia no período absolutista. Era previsível que o período nascido com a Revolução Francesa trouxesse como marca indelével a separação entre o estado e a sociedade civil. Todavia, o cenário se mostra diferente, e tanto Estado quanto sociedade possuem os mesmos deveres para com o projeto de justiça social. Nesse sentido, são as palavras de Farias:

¹⁴⁹ OST, François. **A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 58.

¹⁵⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 136.

No discurso solidarista, a solidariedade social não se realiza exclusivamente pela via do Estado; este não é a única forma de vida coletiva. O discurso solidarista supõe a existência de uma pluralidade de solidariedades realizadas em todo o espaço da sociedade civil, onde os grupos sociais são sujeitos de direitos no sentido de que são produtores de direitos autônomos em relação ao Estado.¹⁵¹

Parece não ser exagero a afirmação de que um projeto para a modernidade que contemple a realização de uma sociedade livre, igual em direitos, e fraterna, necessita fundamentalmente da existência de um sujeito de comprometimento universal. Nas palavras de Alexy, “com isso, estão duas qualidades fundamentais dos direitos do homem desde o início, claramente, diante dos olhos: os direitos do homem são um ideal universal.”¹⁵²

Explica Ricardo Lorenzetti que os direitos individuais-fundamentais nasceram no mundo jurídico com a conotação de universalidade, expressando-se por um caráter neutro, sem distinção de raça, credo ou nacionalidade. Daí porque o universal se relaciona com o caráter de internacional, posicionando o direito acima dos Estados.¹⁵³

Em tempos hodiernos um ideal universal é tese que tem como pilar indispensável uma renovação do tratamento jurídico da relação sujeito-propriedade. O individualismo liberal, que já foi substituído pela função social trazida pelo Estado Social, necessita ainda de uma nova revisão de conceitos. Nesse campo, a ética é protagonista de uma história onde o agir humano, na sua individualidade, está atrelado a um objetivo social, incluindo-se aqui a solidariedade para com o meio natural em que vive.

Edis Milaré¹⁵⁴ define a ética como “ciência e arte do comportamento correto do homem em face do próprio homem e da natureza.” Esse comportamento nasce da

¹⁵¹ FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.p. 186.

¹⁵² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p. 41.

¹⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 151.

¹⁵⁴ MILARÉ, Edis. **Responsabilidade Ética em Face do Meio Ambiente**. Revista Direito Ambiental. Ano I, abr-jun 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais.p.41.

internalização da idéia de que a natureza precede o homem na criação, o que por si só torna questionável a sua qualificação de instrumento de satisfação das necessidades humanas.

O sujeito proprietário precisa compreender-se como parte integrante de uma diversidade biológica e cultural, avançando no comprometimento com os interesses globais, uma tarefa que deve buscar no ordenamento jurídico suas bases de sustentação. Quando o legislador assentar a produção normativa priorizando os deveres éticos universais do cidadão, mais próximo estará a concretização do objetivo do Estado brasileiro em criar uma sociedade livre, justa e fraterna, assentada na proteção ao equilíbrio ecológico.

A democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.¹⁵⁵

E é analisando o individualismo moderno, especialmente na relação do sujeito proprietário e natureza, que Pietro Barcellona afirma:

Los conceptos de proyecto, historia, progreso, están indudablemente ligados a la originalidad del individuo agente, del individuo-sujeto de necesidad, pero la individualidad singular debe ser mediada con la instancia de la generalidad universal, que es la única que puede producir por sí misma un orden general; de otra forma no hay salvación del atomismo y de la guerra de todos contra todos. La total disponibilidad de la naturaleza no puede realizarse sin la dimensión de una organización colectiva, que sin embargo debe salvar la individualidad de partida.¹⁵⁶

O preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem de 1948 diz que tais direitos são “*o ideal comum a ser obtido por todos os povos e nações*”, anunciando um futuro onde o cidadão de cada nação se tornaria um sujeito de direitos e deveres perante a humanidade. O autor chama atenção ainda para o aspecto da titularidade dos direitos do homem, afirmado que “a universalidade da titularidade consiste nisso, que direitos do homem são direitos que competem a todos os homens”.¹⁵⁷

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.01.

¹⁵⁶ BARCELLONA, Pietro. **El Individualismo Proprietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 44.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Dicursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p. 45.

O Estado Liberal propunha em certa medida os germes de um direito universal. Desconsiderando-se aqui as conseqüências de uma liberdade extrema, é possível visualizar que o ideal de liberdade formulado pelos revolucionários franceses se estendia a todas as nações, numa clara disposição em jurisdicizar um valor que pertencesse a todos os povos. O Estado Social utiliza o mesmo critério, transpondo, todavia, o objeto de interesse, do individual para o coletivo, propondo, entretanto, não a exclusão de um relação ao outro, mas uma convivência harmônica dentro do ordenamento jurídico.

Leon Duguit¹⁵⁸ afirma ainda que, vivendo fases de estagnação e até de recuo, todos os povos caminham para um ideal comum. E acrescenta:

No decorrer das civilizações, os povos sempre manifestaram conhecer a existência e extensão, em certo grau, desses direitos e a regra social deles derivada, mas as sociedades humanas tendem a se aproximar cada vez mais de um direito ideal, absoluto, natural.

A internalização do conceito de cidadania trouxe ao indivíduo a certeza de que possuía uma esfera de direitos que não poderiam ser negligenciados pelo Estado dentro de seus ordenamentos. A “tutela” sempre foi a palavra de ordem. O decorrer dos tempos tem mostrado que o cidadão necessita ultrapassar a fronteira da proteção para alcançar a seara da responsabilidade, dos deveres, ou simplesmente da solidariedade para com o meio em que vive. “Com o terceiro milênio amanhece uma nova democracia: a do Homem, cidadão do Universo, em razão dos direitos que lhe foram outorgados e reconhecidos.”¹⁵⁹

Mas o que torna uma norma jurídica um direito dos homens e não somente dos cidadãos de um Estado? A concepção de que eles nascem num determinado espaço-tempo, mas objetivam alcançar todos os homens em todas as nações. Dois diplomas legais evidenciam essa postura na era moderna: a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão,

¹⁵⁸ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliese. 2ed. São Paulo: Ícone, 2006. p.12.

¹⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 208.

decorrente da Revolução Francesa, e a Declaração de 1948. Seguindo o pensamento de Bobbio, essa nova forma de pensar o direito é um processo inevitável, o qual culminará com a passagem da simples proclamação dos direitos para a sua proteção efetiva.

No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo.¹⁶⁰

Importante salientar que não se defende aqui o fim da soberania, estendendo-se a uma esfera mundial os direitos políticos inerentes ao cidadão em seu país. Esta conquista jurídica necessitaria de uma reformulação dos valores humanos certamente inatingível num futuro próximo. O que se defende é um comprometimento jurídico, de valores éticos, no âmbito interno de cada país em relação a um cidadão proprietário que precisa de uma regulamentação mais clara sobre as suas ações que possuem repercussão mundial, como se dá nas ações que possuem impacto ecológico. O fundamento é ético, mas o conteúdo deve ser jurídico. Trata-se do princípio-responsabilidade proposto por Hans Jonas, antes mencionado.

Essa concepção de uma cidadania universal, no sentido de um comprometimento do indivíduo com os outros e com o meio ambiente, ao contrário do que pode se imaginar, não macula em nada a proteção da individualidade no âmbito dos direitos fundamentais. É justamente a compreensão de uma diversidade humana e biológica que assentará no indivíduo os sentimentos necessários a uma solidariedade efetiva, cabendo à norma jurídica criar as bases jurídicas para isso. Como assegura Duguit:

O homem não somente é um indivíduo independente e autônomo, consciente desta autonomia; supõe-se que ele seja mais do que isso: ele torna-se um “ser social”, mas também porque existe uma norma social e jurídica que lhe impõe um comportamento de colaboração no campo da “solidariedade social”.¹⁶¹

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.30.

¹⁶¹ *Apud* FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.228.

Christopher Morris acentua que a língua e a cultura, e não uma natureza humana universal, servem hoje para determinar nossa identidade, pois ela é dada por aquilo que nos distingue de outros seres humanos.¹⁶² Durkheim vai mais além, trazendo em seus escritos a importância do respeito à diversidade na realização de um projeto social, afirmando que “quanto mais os membros de um grupo se distinguem, mais eles são indispensáveis uns aos outros assim como à sociedade; o fortalecimento da individualidade corresponde exatamente ao fortalecimento da unidade social.”¹⁶³

Um redimensionamento do tratamento jurídico da propriedade priorizando a solidariedade social (num contexto global) e a solidariedade ecológica é o reflexo de uma revisão sobre a figura do proprietário. Esse é o ponto de partida para estender a função social da propriedade para a pessoa do proprietário, uma idéia defendida por León Duguit:

Nesta perspectiva, pela coação da “interdependência social”, o proprietário tem a tarefa de aumentar a riqueza geral. Ele é obrigado socialmente a preencher uma *função social*, e, enquanto proprietário, só será protegido se efetivamente cumpri-la. Para Duguit, a propriedade não é mais um direito subjetivo do proprietário; ela é a *função social* do proprietário da riqueza.¹⁶⁴

A liberdade não pode ser interpretada como atribuição de um indivíduo isolado, mas de alguém vinculado a uma comunidade. Deve partir desta base a correta interpretação sobre o exercício do direito de propriedade, assim é possível visualizar um sujeito de direito livre e responsável para com o meio em que vive. O exercício dos direitos de propriedade deve ser atrelado a uma conduta de responsabilidade por parte do proprietário para com a sociedade e para com o meio ambiente. Como afirma Bobbio, “a liberdade e a igualdade dos

¹⁶² MORRIS, Christopher W. **Um Ensaio sobre o Estado Moderno**. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.p.348.

¹⁶³ *Apud* FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.216.

¹⁶⁴ *Idem*. p. 236.

homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser.”¹⁶⁵

A Constituição Brasileira de 1988 retratou um caráter universal na titularidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao instituir em seu art. 225, a qualificação de bem de uso comum de “todos”. Tal referência, como alerta Benjamim, não se restringe aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, incluindo todos que aqui não estão. E acrescenta:

De modo diverso, parece que o melhor entendimento é aquele que garante a qualquer pessoa, residente ou não, o benefício de tal direito. Não há nisso ofensa à soberania, pois é interpretação oriunda da visão holística e universalista do meio ambiente, amparada nos tratados internacionais, ao longo dos anos, celebrados e ratificados.¹⁶⁶

Se o Estado Democrático de Direito é fundado na dignidade da pessoa humana, não poderia significar a pessoa brasileira, deixando claro que nosso constituinte também reconheceu direitos de conteúdo universalista. O art. 1º, I da Constituição Federal escolheu a cidadania como fundamento do Estado, e ali ainda se percebe um conteúdo apenas de direitos, quando não há direitos sem deveres respectivos.

O ideal de cidadania que se extrai do inciso da Carta Magna certamente não se limita ao que indivíduo pode receber do seu Estado, englobando também o que pode fazer por ele. E mais além, o que pode fazer, no seu papel social de proprietário, em relação à pátria-universo, quando se está em jogo o equilíbrio ecológico prejudicado com o exercício descomprometido de um direito.

¹⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.29

¹⁶⁶ BENJAMIM, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p. 105.

4.2. Direito Promocional: uma perspectiva para uma maior eficácia da proteção ambiental

Quando o homem se viu ameaçado pelas guerras e pela fome trocou sua liberdade pela proteção oferecida por um soberano. Iniciava-se assim o Estado Moderno, cuja estrutura, em sua primeira fase, tinha o monarca, sem qualquer submissão a leis, em seu ápice, e o súdito, sem poderes políticos, na sua base. Era o absolutismo.

O surgimento do direito como conjunto de normas negativas assinalava a passagem do estado de natureza para o estado civil, isto é, de um estado continuamente ameaçado pela guerra universal para um estado de paz. A finalidade do direito, dizia Thomasius, era evitar o mal maior para a humanidade – a guerra- e garantir o bem menor – a paz.¹⁶⁷

A segurança oferecida pelos soberanos dava às pessoas um sentimento de confiança e isso era suficiente para não se cobrar do monarca a presença de direitos individuais, muito menos aqueles que se pudesse exercer contra o Estado. Quando o súdito passou a exigir uma condição de cidadão, foi por meio de uma revolução que conseguiu o reconhecimento de direitos fundamentais. Nascia o Estado de Direito.

Independente do modelo de Estado adotado, o aumento do poder ao longo do tempo, fez com se reivindicasse uma autonomia absoluta de uns em relação aos outros, o que chamamos soberania. Dos elementos que compõem este conceito certamente o monopólio do uso da força é um dos atributos de maior valia. Christopher Morris¹⁶⁸, refletindo sobre o poder do Estado e o uso da força, afirma:

Seja lá o que pensamos dos Estados, não podemos deixar de reconhecer que eles têm como característica a imposição de suas leis por meio de sanções e da utilização da força, a fim de garantir a ordem e a segurança de seus domínios.

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria Del diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.p. 15.

¹⁶⁸ MORRIS, Christopher W. **Um Ensaio sobre o Estado Moderno**. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.p.288.

Bobbio justifica o uso da força pelos Estados no fato de que predomina entre os cidadãos o vício, e não a virtude. Segundo ele, nenhum estado se sustenta sobre a virtude dos cidadãos, e por isso a necessidade das Constituições, estabelecendo regras de conduta.¹⁶⁹

No período absolutista, o grande fundamento legitimador do Estado era justamente o uso da força na manutenção da segurança dos súditos em face de invasões de outros povos, assim como a garantia da vontade do monarca. No Estado de Direito a força legitimou o cumprimento das leis. Força, sanção, punição, estão, portanto, nas raízes históricas dos ordenamentos, e mesmo na concepção contemporânea dos ordenamentos ainda é predominante a atividade repressiva do direito.

Christopher Morris faz uma distinção entre sanção e força, alertando para o fato de que nem todas as normas estão atreladas ao uso da força, podendo o Estado utilizar-se também de outros meios, como a supressão de direitos. Segundo ele, é possível lançar mão de leis sem sanções que tragam a força como pressuposto¹⁷⁰.

Os Estados também podem influenciar o comportamento pelo oferecimento de incentivos, inclusive pagando às pessoas para agir da maneira desejada – por exemplo, salários para empregos governamentais, isenção de impostos para instituições beneficentes ou despesas de negócios, prêmios e benefícios pelo serviço público. Eles também pode simplesmente procurar persuadir, educar, aconselhar.¹⁷¹

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social possibilitou um passo importante para a construção de uma técnica diferenciada na formação do direito. Nesse modelo, a criação das normas possui tanto a função de garantir a não intervenção da liberdade do indivíduo, quanto promover a efetiva realização de um direito, o chamado direito social. Aqui, o Estado tanto leva a fazer, quanto ele mesmo faz. Percebe-se uma importante mudança, à medida que o papel repressivo do direito dá abertura a um papel mais

¹⁶⁹ VIROLI, Maruizio; BOBBIO, Norberto. **Direitos e Deveres na República**: os grandes temas da política e da cidadania. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.p. 7.

¹⁷⁰ MORRIS, Christopher W. **Um Ensaio sobre o Estado Moderno**. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.p.289.

¹⁷¹ Id. p.290.

funcionalista dos ordenamentos. Todavia, utilizando-se de uma expressão de Pietro Barcellona, ainda era visível a separação de duas esferas: o privado-econômico e o público-privado.¹⁷²

Partindo-se dos fundamentos do Estado Social, de cunho solidário, embora capitalista, é possível afirmar que a propriedade recebe novo conteúdo, e não somente limitações. A perspectiva de uma limitação que comprime os direitos do proprietário traz uma perspectiva tradicional e que precisa ser superada. Com base nesta perspectiva Perlingieri aponta um novo conteúdo para a função social:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa [...] o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que as disciplinadas formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se fundamenta o ordenamento.¹⁷³

É imperioso perceber, como acentua Ricardo Lorenzetti que o direito privado se mostra insuficiente quando focado exclusivamente em problemas bilaterais. Se o mundo está globalizado, os problemas também ganham maior complexidade, sendo inevitável o conteúdo de interesses universais em cada ponderação de direitos.

Encontramos na teoria de Norberto Bobbio¹⁷⁴ a defesa de um ordenamento jurídico mais promocional e menos repressivo. Segundo o autor, as leis impõem mais deveres negativos do que deveres positivos, e faz menção à tese dos jusnaturalistas que apontavam a moral como o campo dos deveres positivos, enquanto o direito devia abarcar os deveres negativos.

Ainda sob o pálio do pensamento do autor italiano, um fator diferencia de forma substancial as técnicas de controle social do Estado Liberal e do Estado Social: “o emprego

¹⁷² BARCELLONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996.p. 72.

¹⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 226.

¹⁷⁴ VIROLI, Maruizio; BOBBIO, Norberto. **Direitos e Deveres na República**: os grandes temas da política e da cidadania. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 50.

cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajamento.”¹⁷⁵

É possível compreender a necessidade de direitos inerente ao indivíduo do século XVIII. Esse contexto político, em que se estabelecem todos os deveres para o súdito e todos os direitos para o monarca, torna maior a sede de liberdade, a qual só é vislumbrada na figura dos direitos. É por esta razão que o Estado de Direito é configurado sobre a figura da liberdade, sendo ela a personificada na carta de direitos do homem e do cidadão, e o tema dos deveres parecia um retrocesso aos velhos tempos e seus valores políticos.

Jhering reconhece a eficácia de um modelo promocional apenas no âmbito das relações privadas, seja nas relações de troca ou nas relações associativas. Esse movimento diferencia fortemente a esfera econômica da esfera política no seio das sociedades. Segundo ele “a alavanca que move a sociedade econômica é a recompensa; a que move a sociedade política é a pena.”¹⁷⁶

Bobbio segue sua teoria fornecendo os elementos essenciais para o reconhecimento de um estado promocional em face de um Estado protetivo-repressivo. Este último se preocupa primordialmente com os comportamentos não desejados, impedindo a todo custo sua prática. Quanto aos primeiros, seu objetivo maior são os comportamentos socialmente desejáveis.¹⁷⁷ Para um ordenamento jurídico ideal, a prevenção torna-se a mola mestra, deixando-se a repressão para os casos em que não mais é possível agir antecipadamente. Nas palavras do jurista:

Refiro-me ao fenômeno que denomino, na falta de outra expressão, controle antecipado, ou seja, ao deslocamento da reação social do momento subsequente para o momento precedente ao comportamento ou evento não desejado; da intervenção

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria Del diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.p. 14.

¹⁷⁶ *Apud* BOBBIO, Norberto. Op.Cit. p.21.

¹⁷⁷ Id. p.26.

que tem por figura *o remédio* para a intervenção que vem assumindo a figura de *premunção*.¹⁷⁸ (grifos do autor)

Segundo Guilherme de Figueiredo, resgatando os valores trazidos por Leon Duguit, que segundo ele, lançam as bases para um direito-função. “Não é um poder incondicionado, mas um poder jurídico que tem uma razão de ser específica, da qual não pode esquivar-se: a de satisfazer necessidades individuais ou coletivas.”¹⁷⁹ Para o autor, Duguit estabelece um exercício de direitos dirigido ao cumprimento de funções que lhe impõem a solidariedade social.

Com isso é possível redesenhar a face de um Estado de controle social para uma face de mobilização conjunta em prol de um projeto social comum. Nessa missão, Estado e sociedade precisam caminhar juntos na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como exposto na Constituição Federal Brasileira.

Diz Antônio Herman Benjamin¹⁸⁰ que num quadro de aspirações individuais e sociais, as novas expectativas e os novos direitos “estão em divergência com a forma clássica do eu-contra-o-Estado, ou até da versão welfarista mais moderna, do nós-contra-o Estado.” E acrescenta: “finalmente, e em consequência disso tudo, o rigoroso adversarismo, a técnica do eu/nós contra o Estado ou contra nós mesmos, transmuda-se em solidarismo positivo, com moldura do tipo em favor de alguém ou algo.”

Em tempos de liberalismo a separação do Estado e da sociedade civil parecia ser a solução para os problemas dos homens. Tudo que se desejava era o reconhecimento jurídico de um sujeito livre, que pudesse exercer sem intervenções sua condição de proprietário, já que o acúmulo de bens era o parâmetro para uma vida realizada e digna. Ao indivíduo cabia a

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria Del diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.p.46.

¹⁷⁹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.87.

¹⁸⁰ BENJAMIM, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p. 58.

construção da sua própria felicidade, não havendo qualquer projeto que desviasse seu olhar de si mesmo.

A herança deixada pela exploração sem freios do patrimônio individual, especialmente após a Revolução Industrial, trouxe uma pergunta que não permite demoras para uma resposta. O que fazer com a ameaça real à vida humana trazida pelo prejuízo ecológico advindo da exploração desmedida dos recursos naturais? A quem compete tal responsabilidade?

Enquanto se criam textos com teorias que tragam uma solução para o problema, uma certeza parece estar diante dos olhos: reverter o comprometimento da diversidade ecológica trazida pelo uso irresponsável da propriedade precisa ser um projeto comum do Estado e do cidadão. Se normas de incentivo ao bom uso da propriedade são uma necessidade premente, a iniciativa do proprietário é ainda mais urgente.

Sob o pálio da teoria de Bobbio, é possível afirmar que normas promocionais aplicadas ao uso da propriedade conduzem a um modelo de Estado que permite muito mais a cooperação dos indivíduos, do que a convivência entre sujeitos que realizam seu próprio projeto de vida. Segundo o autor, é preciso diferenciar as diversas funções dos ordenamentos: “tornar possível a coexistência de interesses divergentes por meio da delimitação das esferas singulares de liberdade e tornar possível a composição de interesses convergentes por meio da designação de papéis específicos para que se atinja um fim comum.”¹⁸¹

Tradicionalmente as normas destinadas ao direito de propriedade têm um caráter muito mais de coordenação de ações individuais. Somente um modelo baseado na solidariedade social e ecológica é que permitirá a composição de interesses convergentes na construção de um mundo onde realmente seja possível viver a justiça social, a qual inclui uma

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria Del diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 129.

ética em relação aos outros cidadãos e em relação à natureza. E nesse aspecto, essencial é a advertência de Maurizio Viroli, quando afirma que “O dever de servir o bem comum e de praticar a solidariedade em relação aos concidadãos é um dever moral que não pode ser imposto, senão indiretamente, com as leis.”¹⁸²

Quando o ordenamento jurídico como um todo passar a ser conduzido por uma premissa de proteção do “ser” no lugar do “ter”, teremos um giro crucial na construção de um Direito mais compatível com os problemas que se apresentam contemporaneamente. Pietro Barcellona faz um contraponto entre um formalismo jurídico e um ordenamento mais voltado para uma situação existencial, onde seja possível passar de uma concepção instrumental do direito a uma função existencial. E segue afirmando que “*cuanto más tienda la legislación a cubrir cualquier ámbito de las esferas afectivas y relacionales, más podrá asumir la apariencia de apoyo existencial.*”¹⁸³

Os ordenamentos já reconhecem instrumentos eficazes na realização de um direito mais promocional e menos repressivo no que tange à exploração da propriedade. Entre eles encontram-se os subsídios, as subvenções, empréstimos subsidiados, incentivos fiscais, sistemas de devolução de depósito, criação de mercado. Esses modelos ensinam ao proprietário como exercer o seu direito fundamental ao uso da propriedade numa ótica de sustentabilidade. E ainda, proporcionam a união do Estado e da sociedade na realização da sustentabilidade.

E de grande importância é o fato de que na concretização desse projeto social de cooperação, a coação tão necessária à manutenção da ordem e ao cumprimento dos deveres, não pode ser confundida com punição. Como assegura Ihering, nas obrigações que têm por

¹⁸² VIROLI, Maurizio; BOBBIO, Norberto. **Direitos e Deveres na República**: os grandes temas da política e da cidadania. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.p. 50.

¹⁸³ BARCELLONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 39.

destinatário não o indivíduo, mas a sociedade, o meio coercitivo encontra-se na execução e não na punição.¹⁸⁴

No Brasil, é possível identificar a existência de normas promocionais, com finalidades específicas, fora do contexto meramente axiológico, ou que demande interpretações sistemáticas por parte do intérprete. O Decreto Federal 4.228/02 institui no âmbito da Administração Pública Federal o Programa Nacional de Ações Afirmativas, contemplando medidas de incentivo à inclusão de mulheres, afro-descendentes e portadores de deficiência como critério de pontuação em licitações, de modo a beneficiar fornecedores que comprovem desenvolver políticas compatíveis com o programa.

Como se vê o ordenamento jurídico brasileiro, embora timidamente, já aponta para o desenvolvimento de novas práticas normativas, de cunho menos repressivo e mais promocional, uma lição facilmente aplicável ao contexto ambiental. Nesse sentido, oportunas as palavras de Flávia Piovesan ao analisar algumas normas afirmativas no âmbito dos direitos humanos em escala internacional:

As ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social.¹⁸⁵

O direito tributário, cuja característica marcante é o encargo, ou o dever, tem saído na frente na realização de um direito menos repressivo, buscando novos princípios que o permitem ser um instrumento para a proteção do meio ambiente através de restrição de comportamentos poluentes de forma indireta.

Sobre esse relevante papel deste ramo do direito, Simone Martins Sebastião descreve os instrumentos econômicos utilizados pelo direito tributário a serviço da política

¹⁸⁴ IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. 2º vol. Trad. José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 257.

¹⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas**. In A construção dos Novos Direitos. Matos, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.142.

ambiental: recompensas pela diminuição dos custos de poluição, vantagens para a aquisição de tecnologias limpas, ajustes de custos empresariais mais eficientes, respostas flexíveis aos objetivos ambientais. E assinala:

Pelo que se vê, o tributo não é o único instrumento econômico de proteção ecológica disponível mas há que se reconhecer que magnetiza em si a indispensável e efetiva *solidariedade* na utilização, conservação e restauração do bem ambiental, compatibilizando solidariedade coletiva e interesse geral.¹⁸⁶

A autora defende um novo endereçamento à função extrafiscal do tributo, uma vez que o tributo ambiental tem o poder de proporcionar uma mudança de comportamento tão desejada pelo Estado, além de promover uma arrecadação de recursos necessários para a prevenção, conservação e recuperação dos recursos naturais.¹⁸⁷

Carlos Montero, acresce esta idéia afirmando que os tributos ambientais não constituem uma sanção, uma vez que seu campo de ação encontra-se dentro da licitude. E diz ainda:

Dentro desse contexto, na atualidade considera-se que os denominados tributos ambientais, orientados pelo princípio do poluidor-pagador, constituem um dos mais importantes instrumentos econômicos com que conta o Estado para efeitos de resolver o problema das chamadas externalidades ambientais negativas, das quais o mercado por si só não pode dar conta. *Grosso modo*, essas externalidades derivam-se da apropriação dos recursos naturais por parte dos agentes econômicos e representam custos socioambientais que, afinal de contas, acabam sendo assumidos pela coletividade.¹⁸⁸

No Brasil ainda é incipiente a prática de um direito mais promocional, mas ações pontuais vêm sendo realizadas, demonstrando a eficácia de políticas públicas e construções legislativas que tem como premissa a valorização das boas condutas em detrimento da punição das práticas indesejadas.

¹⁸⁶ SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental**: extrafiscalidade e função promocional do direito. Curitiba: Juruá, 2008. p. 227.

¹⁸⁷ Id. p. 229.

¹⁸⁸ MONTERO, Carlos E. Peralta. **O Fundamento e a Finalidade Extrafiscal dos Tributos Ambientais**. in Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. Maurício Mota (coord.) Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2008. p.282. [????????]

O Projeto de Lei nº 263/2004, de autoria do senador Rodolpho Tourinho, em trâmite no senado federal, propõe a inclusão do §6º ao art. 43 do Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁹, criando a figura do “cadastro positivo”. Trata-se de uma base de dados semelhante ao conhecido sistema do SPC e SERASA, onde os fornecedores enviam informações para registro dos pagadores pontuais, que passam a contar com possibilidades de melhores financiamentos e juros mais baixos em diversas operações de crédito. A lei beneficia a adimplência no lugar de simplesmente punir o consumidor inadimplente.

Na cidade de Maceió/AL, a lei nº 5.591/2007, autoriza o Poder Executivo Municipal a instituir o Projeto Verde¹⁹⁰. A lei propõe a celebração de um termo de cooperação entre o cidadão proprietário e o Município, estimulando este último a plantar gramados em terrenos ociosos, recebendo em contrapartida o desconto de 10% sobre o pagamento do IPTU. A iniciativa demonstra que a parceria entre o Estado e o cidadão é muito mais eficaz que o confronto entre eles, e a harmonização entre o público e o privado é o terreno mais sólido para a defesa do meio ambiente.

No âmbito dos Estados, temos o Protocolo Ambiental da Construção Civil Sustentável¹⁹¹, assinado pelo Governo do Estado de São Paulo em outubro de 2008, numa iniciativa conjunta das Secretarias do Meio Ambiente e da Habitação, envolvendo os setores da indústria da construção civil, além de empresas de empreendimentos imobiliários.

O protocolo contempla todas as fases do processo construtivo, desde o projeto, passando pelo desempenho da obra como a eficiência energética e economia de água e outros

¹⁸⁹ Texto do Projeto de Lei: Art. 43. (...) § 6º No fornecimento de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor informará, aos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, sobre o adimplemento das obrigações pelo consumidor para formação de cadastro positivo.

¹⁹⁰ Art. 1º. Fica o Executivo autorizado a instituir o Projeto Verde, com a finalidade de assegurar a implantação de gramados em terrenos ociosos do perímetro urbano. (...) Art. 3º As áreas de terras regularmente destinadas à finalidade prevista nesta Lei, quando da propriedade privada, gozarão desconto de 10% (dez por cento) no pagamento do Imposto Territorial Urbano.

¹⁹¹ Informação publicada no site oficial do Governo do Estado de São Paulo *in* <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=202740&c=6>, capturado em 12 de julho de 2009.

recursos naturais, até a produção e utilização de insumos e destinação de resíduos. Prevê ainda o cuidado com aspectos relativos ao desenvolvimento urbano, enfatizando a preservação da vegetação, adequação dos sistemas de drenagem e movimentação de terra, e os relacionamentos, especialmente, com a mão-de-obra afastando a informalidade nas contratações.

Interessante mencionar ainda o conceito de “consórcios” na busca da proteção ambiental, uma tese esposada por José Rubens Morato Leite e Marcelo Dantas. Sugerem eles a utilização do “consórcio intermunicipal”, consistente em “um ajuste firmado entre municípios visando metas comuns, através de recursos financeiros e materiais de que cada um dispõe.”¹⁹² Essa união de forças permite resolver questões ambientais que por sua natureza atingem circunscrições geográficas diferentes, e que encontram barreiras para uma solução eficaz no limite de recursos públicos, de capacidade técnica e de tecnologia adequada em cada município.

4.3. A premissa do consumo sustentável

Desde a descoberta do território brasileiro no século XVI, a natureza aqui existente foi um atrativo para o consumo. A diversidade ecológica que envolvia a fauna e a flora, logo demonstrou para o mundo antigo o valor de mercado de tamanha riqueza, pois como disse Caminha, *aqui em se plantando tudo dá*. Da extração de madeira, ao garimpo de pedras preciosas, passando pela produção da borracha, tudo levava à certeza de que a natureza estava ali para ser domada e apropriada pelo homem.

Somente séculos depois, com a Constituição de 1934, a natureza passa a ser bem jurídico tutelado, adquirindo valor simbólico e considerado patrimônio nacional, causando uma mudança de foco no papel deste consumidor voraz. Não obstante, somente com a

¹⁹² LEITE, José Rubens Morato; Marcelo Buzaglo Dantas. **Instrumentos de Proteção Ambiental e o Mercosul**. Revista Direito Ambiental. Ano I, abr-jun 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 117.

Conferência Rio-92 é que o Brasil começa a se articular em termos de concretização do consumo sustentável, levando o empresariado nacional à percepção do valor econômico do “produto verde”.

A partir da Conferência mencionada, as empresas passam a internalizar progressivamente em seus processos de produção, gestão e marketing, os princípios da sustentabilidade, enxergando nos produtos ecológicos uma oportunidade lucrativa para o mercado que passava a ganhar em imagem junto a um consumidor cada vez mais atento á finitude dos recursos naturais disponíveis no planeta.

O tratamento correto da questão ambiental convoca Estado e cidadão para uma união de forças, um passo à frente na relação antagônica estabelecida no liberalismo. E essa missão compartilhada traz novos paradigmas tanto para as questões públicas como para as privadas. E três são os elementos envolvidos nessa relação jurídica (o cidadão, o Estado e o meio ambiente) e a tensão de poderes deve necessariamente dar lugar à união de forças, o que justifica as palavras otimistas de Agnes Bernhard:

Acho significativo, por exemplo, a necessidade de alargar o olhar para a humanidade inteira também quando se trata de relações entre privados, de relações entre privados e o Estado, e entre os Estados. São situações que determinam suportes novos nos âmbitos político e jurídico.¹⁹³

Nesse cenário uma velha conhecida torna-se mais uma vez o foco de discussão: a propriedade. Como ela é tutelada juridicamente, tanto na relação cidadão-Estado quanto nas relações privadas, é a chave para um novo tratamento jurídico da questão ecológica e conseqüentemente da dignidade humana num planeta que não pode esperar para solucionar um problema existencial que se apresenta aos olhos da humanidade e que exige ações imediatas.

¹⁹³ BERNHARD, Agnes. **Elementos do conceito de fraternidade e de direito constitucional.** in *Direito e Fraternidade. Anais do Congresso Internacional “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade?”* (2005: Roma). São Paulo: Cidade Nova, LTR, 2008.p.63.

Desde a implantação do Estado Liberal os ordenamentos que seguiram seu modelo individualista sempre trabalharam a produção normativa sob a ótica de proteção da propriedade, nunca para a sua funcionalidade. Todos os direitos pareciam nascer da condição de proprietário e todas as normas de maior significado social de uma forma direta ou indireta regulavam algum direito a um bem apropriável por um sujeito. Esse fator levou Pietro Barcellona¹⁹⁴ a afirmar que a era moderna trouxe um “sistema proprietário”, onde a propriedade disponível e reproduzível é a razão e a regra de funcionamento do sistema. E acrescenta:

Es decir, el sistema funciona como productor, reproductor y destructor de objetos destinados a la apropiación y, al final de su “ciclo vital”, nos devuelve un sujeto en relación con el objeto consumible (que constituye el soporte del sistema). El sujeto propietario es transformado en sujeto consumidor. La cualidad se ha convertido en una cantidad: el objeto de “apropiación”, en cuanto tal, no es susceptible de determinaciones que no sean puramente numéricas.

O Estado Social trouxe novos valores jurídicos como resultado natural do enfrentamento dos interesses por ele tutelados. Especialmente depois da crise econômica que abalou os Estados, produziu-se um amadurecimento do princípio da solidariedade, vislumbrando-se que o individualismo exacerbado precisava ser revisto. Esse contexto compeliu os ordenamentos a redefinirem a tutela da propriedade e o fator ecológico passou a ser considerado como de grande relevância no exercício dos direitos a ela inerentes.

Essa união criou o cenário perfeito para o surgimento de uma concepção de cidadania universal, onde se pressupõe que o cidadão também precisa de imediato se engajar na solução da crise ecológica, mudando hábitos e exercitando o princípio da responsabilidade nas suas relações privadas. E aqui se ressalta o ambiente jurídico onde se tem o maior movimento da propriedade: as relações de consumo. A sanção de mercado é um instrumento de grande influência, posto que é o destinatário final quem decide “o que” e “o como” vai se produzir algo.

¹⁹⁴ BARCELLONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 91.

Buscando-se uma conceituação apropriada, a Comissão de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas – CDS/ONU, de 1995 assim dispõe sobre o consumo sustentável:

Consumo sustentável é o uso de serviços e produtos que respondam às necessidades básicas de toda população e trazem a melhoria da qualidade de vida, ao mesmo tempo em que reduzem o uso dos recursos naturais e de materiais tóxicos, a produção de lixo e as emissões de poluição em todo ciclo de vida, sem comprometer as necessidades das gerações futuras.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) também ressaltou a importância da participação do consumidor no processo de sustentabilidade, acentuando em seu princípio oitavo:

Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.

A Agenda 21, elaborada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), traz um capítulo próprio para tratar as mudanças de padrão de consumo. O consumidor, na qualidade de proprietário de bens de consumo tem sua parcela de responsabilidade jurídica pelo equilíbrio ambiental, pois seu livre-arbítrio é elemento essencial na construção desse padrão. Essa liberdade, quando não é bem utilizada, cedendo espaço para as influências de mercado, legitima a intervenção Estatal sobre a autonomia da vontade em busca do uso sustentável da propriedade de consumo. Nesse sentido, Tiago Fensterseifer, apoiado nas idéias de Lafayette Petter afirma que:

A livre escolha do consumidor, conforme indica Petter, pode ser legitimamente limitada em nome da defesa ambiental, em conta de que os consumidores precisam tornar-se conscientes da dimensão ecológica do processo de consumo em geral e do seu comportamento individual em particular.¹⁹⁵

¹⁹⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.133.

As normas de defesa do consumidor nasceram como resposta do Estado Social ao liberalismo econômico que levou a sociedade a desigualdades incompatíveis com a proteção da dignidade humana. Por esta razão era necessário o reconhecimento de uma hipossuficiência de uma categoria de contratantes. Não obstante a essencialidade de um conteúdo de direitos, a necessidade de proteção ao equilíbrio ecológico traz a lembrança de que também eles se constituem proprietários, e portanto, possuem um conteúdo de deveres perante o meio ambiente. Cabe ao legislador buscar meios para convocar o consumidor para o projeto de defesa dos direitos transindividuais.

L. Scarlett sugere mecanismos normativos para se estimular o consumidor a mudar suas práticas consumeiristas. Segundo ele, o estabelecimento de um sistema de rendas relativas ao volume de lixo produzido seria mais eficaz do que a obrigatoriedade destinada aos produtores na utilização de embalagens descartáveis. Se os consumidores são elucidados do preço pago pelo tratamento do lixo produzido pelo bem que consome, progressivamente mudariam suas escolhas anti-ecológicas.¹⁹⁶ “A cidadania ambiental volta-se cada vez mais para uma dimensão planetária. É preciso a ação local do cidadão ambiental, mas sempre com uma visão voltada para os reflexos que a degradação ambiental traz para todo o ecossistema planetário.”¹⁹⁷

Porém, a visão não é de todo pessimista. É possível visualizar mudanças significativas nas ações dos sujeitos envolvidos nas relações de consumo. A difusão da informação começa a construir consumidores mais exigentes na questão ambiental e os produtores de bens e serviços também começam a fazer sua lição de casa.

¹⁹⁶ *apud* OST, François. **A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 158.

¹⁹⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.134.

A atividade empresarial absorve em escala crescente os conceitos ecológicos na produção de bens, e embora não se possa afirmar uma mudança total nos comportamentos poluentes, já é possível apresentar ações pontuais de grande valia que influenciam um novo modelo no padrão de consumo, um projeto necessário de execução urgente.

O consumidor de hoje quando liga sua TV não mais é atingido por uma publicidade essencialmente estimuladora do individualismo. O discurso verde está cada vez mais presente nos produtos que lhes são apresentados. É o banco que usa papel reciclado em seus talões de cheque, a empresa de cosméticos que aposta no uso de refil, o supermercado que incentiva o uso de sacolas permanentes, ou mesmo o fabricante de sabão em pó que planta árvores pelo país.

A “onda verde” tem se tornado um bom negócio, e convoca o consumidor a uma nova postura no seu perfil de consumo. Nesse sentido, o capitalismo – e o seu movimento desterritorializado – “metaboliza” o “verde” como oportunidade de negócio, através da natureza e do marketing verde.¹⁹⁸

A Conferência Rio-92 foi um marco decisivo para o estabelecimento de um “consumo verde” numa escala internacional, e o Brasil não ficou de fora da nova tendência mundial. Os empresários brasileiros começaram a vislumbrar os benefícios econômicos do marketing ecológico e passaram a agregar a sustentabilidade à imagem de sua marca comercial, atraindo a simpatia de um consumidor que começava a ser informado sobre as conseqüências de um consumo irresponsável.

Além disso, as empresas no Brasil passam a reconhecer que tratar a natureza de modo socioambientalmente responsável traz benefícios econômicos, agregando mais valor aos produtos por ela fabricados, através da utilização de apelos ecológicos como salienta Jöhr, por meio da criação de um “mercado verde”, que passa a operar em rede.¹⁹⁹

¹⁹⁸ TAVARES, Fred; IRVING, Marta de Azevedo; MOTTA, Luiz Eduardo.. **A Questão Ambiental como Inspiração para o Consumo Verde no Brasil.** In Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. MOTA, Maurício (coord.) Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2008. p.202.

¹⁹⁹ Id. p.191.

Os produtos ecologicamente corretos entraram na lista de compras do consumidor, evidência que estimulou o empresariado a investir no uso de tecnologias limpas. Com a adesão crescente das mais diversas áreas de produção, há uma natural exclusão daqueles que não se adequam à nova ordem econômica, ou seja, aquela que agrega o valor ecológico aos custos de produção.

É fato que o retorno econômico foi o primeiro incentivo para que os empresários investissem numa produção sustentável. No entanto, felizmente essa escolha levou a outras ações que mostram um comprometimento da sociedade civil para com a causa ecológica e hoje já é possível apontar projetos sólidos e eficazes na luta pela sustentabilidade, partindo da sociedade civil através dos empresários e dos cidadãos consumidores.

Esse projeto de sustentabilidade tem levado algumas empresas a desenvolverem ações ecológicas que não estão ligadas diretamente a sua atividade fim, mas que mostram ao consumidor um compromisso com o planeta, convidando-o a participar desse projeto. Tomemos por exemplo empresas que reflorestam áreas devastadas, que promovem projetos de educação ambiental ou de conservação da fauna e da flora.

Essa nova linguagem do mercado deu origem a um novo bem de grande valor comercial: o índice de sustentabilidade. Os bancos passaram a emitir relatórios de responsabilidade social associado ao seu relatório financeiro anual, o que aumenta o valor de suas ações. “Outrossim, os bancos passam também a incorporar critérios de sustentabilidade socioambiental na concessão de crédito.”²⁰⁰

As novas posturas do mercado financeiro originaram índices de sustentabilidade que caminham paritariamente aos índices econômicos, a exemplo do ISA (índice de

²⁰⁰ TAVARES, Fred; IRVING, Marta de Azevedo; MOTTA, Luiz Eduardo.. **A Questão Ambiental como Inspiração para o Consumo Verde no Brasil.** In Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. MOTA, Maurício (coord.) Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2008. p.191.

sustentabilidade empresarial), criado pela Universidade de Yale e Colúmbia, nos Estados Unidos, e já utilizado pela no Brasil nas atividades da Bovespa como elemento determinante no valor das ações de mercado. No final da década de 90 foi criado o Dow Jones Sustainability Index, que classifica o desempenho econômico das empresas no item sustentabilidade, em escala global.

Como se vê, o “verde” já deixou de ser uma oportunidade de negócio e cada vez mais se evidencia como um bem necessário. Naturalmente, uma nova concepção de produção e de consumo começa a se enraizar, criando um novo proprietário no novo milênio, mais responsável em suas escolhas, seja na condução de produtor, seja na posição de consumidor.

4.4. Solidariedade intergeracional nos ordenamentos da era moderna

Num país que se afirma como Estado Social e se diz democrático e republicano, o reconhecimento da figura do outro é mais do que um reconhecimento legal, é uma construção diária que se ergue a cada relação humana. O individualismo do século XIX não estimulou na sociedade o sentimento de solidariedade social, e não foi possível compreender a importância de deveres pessoais destinados ao bem estar da comunidade.

Esta visão jurídica e ética além de permitir um isolamento do homem privado, tornou incompreensível a concepção de uma solidariedade intergeracional, pois se os sujeitos sociais presentes não eram motivo de preocupação do cidadão, quiçá aqueles que ainda nem haviam nascido.

É por este motivo que Vinícius Scarpi²⁰¹ defende a superação dos direitos subjetivos, colocando no lugar os direitos intersubjetivos, construídos politicamente e fundados no bem da comunidade. Para ele, esta é a verdadeira perspectiva republicana do bem

²⁰¹ SCARPI, Vinícius. **Equidade Intergeracional: uma leitura republicana.** In Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. MOTA, Maurício (coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2008. p.75-79, *passim*.

comum, onde o bem da comunidade é o bem do próprio indivíduo. E na perspectiva da proteção do meio ambiente, a construção do direito, que é maior que sua declaração jurídica, exige uma construção ética que pensa a figura do outro não como adversário, mas como parte da construção de um projeto comum da humanidade. “A ética aqui defendida não se constrói na subjetividade de competidores, mas na intersubjetividade solidária.”²⁰²

A compreensão jurídica da solidariedade intergeracional traz como pressuposto uma articulação com o princípio da precaução. Ele é o ponto de partida para que o uso da propriedade se dê de forma sustentável, garantindo a disponibilidade dos recursos naturais para o proprietário de hoje e para o de amanhã. E sobre o tema, acentua Canotilho:

Configurado como verdadeiro princípio fundante e primário da proteção dos interesses das futuras gerações, é ele que impõe prioritariamente e antecipadamente a adoção de medidas preventivas e justifica a aplicação de outros princípios, como o da *responsabilização* e da *utilização das melhores tecnologias disponíveis*.²⁰³

O princípio da precaução, nas palavras de Canotilho, funcionam como uma espécie de princípio “*in dubio pro ambiente*”. Havendo dúvidas sobre a perigosidade de uma atividade para o equilíbrio ecológico, decide-se em favor do ambiente e contra o potencial poluidor.²⁰⁴ Nesse sentido, pode-se utilizar desde normas proibitivas de exercício da atividade até o simples dever de informação ao público sobre os riscos que lhe são inerentes.

Os riscos advindos do desenvolvimento tecnocientífico trouxeram como consequência uma maior preocupação com a aplicabilidade do princípio da precaução. Bodin de Moraes²⁰⁵ aponta que hoje já se defende uma aplicação deste princípio para além da seara ambiental, devendo ele ser observado por todos aqueles que detêm o poder de decisão sobre o manejo dos riscos.

²⁰² Id. p. 77-78.

²⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Consitucional Ambiental Português e da União Européia.** In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p.9.

²⁰⁴ Id. p.41.

²⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade.** In *A construção dos Novos Direitos*. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 252.

Quando o ser humano chegou a um momento que lhe parece o de maior domínio sobre a natureza, descobriu também sua maior vulnerabilidade. Os desafios postos à humanidade desde o fim do segundo milênio têm demonstrado que alguns problemas, por resvalarem interesses comuns dos povos, não podem ser resolvidos por um deles isoladamente. O equilíbrio do binômio propriedade e meio ambiente é tema que evoca um compromisso planetário e alguns Estados já começam a agir num sentido mais cosmopolita no âmbito do direito.

O caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista da sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, cujo primeiro anúncio foi a Declaração universal dos direitos do homem; a partir do direito interno de cada Estado, através do direito entre os outros Estados, até o direito cosmopolita, para usar uma expressão kantiana, que ainda não teve o acolhimento que merece na teoria do Direito.²⁰⁶

A União Européia tem sido pioneira na demonstração do que a junção de esforços é capaz de promover, especialmente em matéria ambiental. Em 1987, por meio do Tratado de Roma, consagrou-se através de três artigos uma “ação comunitária em matéria de ambiente”. E finalmente, em 1992, O Tratado de Maastricht, ao criar a União Européia consolidou como missão comunitária “o desenvolvimento sustentável e não inflacionista que respeite o ambiente”.

Na América do Sul, no âmbito do Mercosul, firmou-se um tratado importante, elegendo o tema ambiental como inerente à atividade econômica, a Declaração dos Presidentes dos Países do Cone-sul com vistas à Eco-92 (Declaração de Canela). Somado a isso criou-se a REMA (Reunião Especializada do Meio Ambiente), encarregada de levar recomendações ao Grupo Mercado Comum, o qual tem poder de transformá-las em Resoluções.

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.4-5.

Para se chegar a tanto, foi preciso, num primeiro momento, utilizar-se de um argumento econômico, quando ainda se denominava Comunidade Económica Europeia, para que as primeiras iniciativas fossem realizadas na proteção do meio ambiente em escala transnacional. A partir da década de 70, diante da edição de normas de proteção ambiental de iniciativa de Estados membros, criou-se uma polémica sobre a disparidade de preços dos produtos sujeitos às normas ambientais em relação àqueles produzidos em países que não dispunham de tais rigores. Considerando a livre circulação de mercadorias entre os Estados integrantes do mercado comum europeu, tinha-se uma concorrência desleal em relação aos produtores.

O diálogo entre o direito ambiental e o direito econômico é algo que não pode ser desconsiderado. Se o equilíbrio ecológico é necessidade premente, o equilíbrio econômico também é vital para as sociedades. Os ideais de sustentabilidade por mais valorosos que sejam não conseguirão eliminar os fatores econômicos. O caminho inevitável será o da harmonização de interesses. Utilizando as palavras de François Ost, “a tecnociência de hoje apela ao direito para enquadrar a nova relação com o mundo, que ela descobre, e poderia perfeitamente instituir”²⁰⁷

A crise trazida com a limitação ou não renovação de alguns recursos naturais se dá muito mais por falta de um correto aproveitamento do que da extração em si. A tecnologia desenvolvida ainda está focada no seu poder de produção, não se dando valor ao resíduo que lhe é conseqüente, já que a imagem associada a ela sempre foi o de progresso e bem-estar. Assim, o crescimento da economia, enquanto dependente dos recursos naturais, tem como limite a capacidade de absorção dos resíduos pelos rios, mares e atmosfera. Curiosamente, a boa imagem trazida pelo desenvolvimento tecnológico hoje já é associada a uma ameaça de dano ecológico.

²⁰⁷ OST, François. **A Natureza à Margem da Lei**: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 222.

Segundo Guerra e Hinostroza²⁰⁸, existem possibilidades técnicas de diminuição da poluição. Sugerem os autores a substituição de insumos, incrementação da eficiência energética, instalação de equipamentos antipoluidores e utilização de energias não renováveis. E seguem apresentando a perspectiva de Hoeller, que assinala a intensidade do interesse sobre meio ambiente nas discursões relativas às políticas econômicas, enfocando dois fatores que se relacionam entre si.

- a) conscientizar-se crescentemente de que os problemas do MA necessitam de decisões econômicas importantes para incrementar o bem-estar social.
- b) Reconhecer que os custos e outros aspectos econômicos têm um papel chave nesse processo, com efeitos macroeconômicos importantes.²⁰⁹

Essas possibilidades, uma vez cristalizadas normativamente, especialmente na forma de incentivos ao proprietário, na perspectiva de um direito mais promocional e menos punitivo, trazem uma resposta à indagação sobre como harmonizar desenvolvimento econômico e sustentabilidade. Estado e cidadão precisam superar a separação histórica que lhes foi atribuída deste a revolução liberal, apostando na cooperação para a construção de uma sociedade mais justa e mais solidária.

²⁰⁸ HINOSTROZA, M.; GUERRA, S. M-G. **Questões ambientais e implicações econômicas: visão introdutória.** Revista Direito Ambiental. Ano I, abr-jun 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 97.

²⁰⁹ Idem. p. 93.

5. Propriedade e meio ambiente numa relação solidária

5.1. Economia, Direito e Ecologia: possibilidades de uma relação harmônica

Nas últimas décadas os avanços normativos cujo fim fosse a preservação do equilíbrio ecológico se mostraram como uma ameaça para o tão desejado desenvolvimento econômico. O grito pela preservação desta ou daquela espécie da fauna ou da flora precisavam ser abafados pelo discurso da busca do pleno emprego ou do perigo de recessão. Nas palavras de Ost, “tudo parece dever ceder perante a lei impiedosa do “progresso”, que rima aqui com a lei do lucro.”²¹⁰

Um conflito se estabeleceu entre a necessidade de produção de bens e serviços necessários ao bem estar social e a também necessidade cada vez mais visível de manter a sustentabilidade do planeta. Parecia que a economia estava ameaçada pela proteção ambiental e a sociedade precisava fazer sua escolha.

Todavia, o avanço dos estudos científicos, sociais e jurídicos tem mostrado a cada dia que é possível um diálogo entre as ciências, buscando-se a harmonização dos direitos no lugar da escolha por um deles. No âmbito jurídico, Robert Alexy analisa os problemas advindos da proteção dos direitos do homem. Segundo ele além da discussão sobre o conteúdo de tais direitos, “ela brame, sobretudo, em volta da questão, como devem ser ponderadas as distintas gerações ou dimensões.”²¹¹

O que se quer dizer é que não se está diante de uma extinção dos fundamentos da livre iniciativa, mas tão somente de uma harmonização entre a economia e a ecologia no

²¹⁰ OST, François. *A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 120.

²¹¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p. 43.

campo do direito, agindo os direitos de terceira geração como um freio aos de primeira geração. Nas palavras de François Ost, “é antes, de compromisso que se tratará agora, devendo os motores econômicos privados acomodar-se a uma determinada regulação administrativa.”²¹²

Ana Prata diz que o conceito de iniciativa econômica privada deriva diretamente da propriedade e segue afirmando que “é no seu domínio, e como sua seqüela, que se situam muitas das necessidades e das soluções restritivas, que simultaneamente actuam na configuração do âmbito da propriedade – com o seu reflexo no campo jurídico negocial.”²¹³

E nesse sentido, acrescenta ainda Paulo Bonavides:

A sobrevivência da democracia liga-se ao êxito que eventualmente possa alcançar uma teoria política que afirme e reconcilie a idéia dos direitos sociais, que faz lícita uma maior intervenção do poder estatal na esfera econômica e cultural, com a idéia não menos justa do individualismo, que pede a segurança e o reconhecimento de certos direitos fundamentais da personalidade, sem os quais esta se deformaria e definharia, como fonte que se deve sempre conservar de iniciativas úteis, livres e fecundas.²¹⁴

A linguagem da economia começa a agregar novos conceitos ao seu dicionário produzindo um renascimento econômico. O Estado, por sua vez, diminui paulatinamente a sua participação direta no mercado, passando para uma atividade eminentemente reguladora da atividade econômica. Paulo Lôbo visualiza o lado positivo dessa atuação, afirmando que “o Estado regulador fortalece ainda mais o processo de intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades econômicas, máxime das empresas concessionárias de serviços públicos, que lidam com coletividade de adquirentes ou utentes.”²¹⁵

²¹² OST, François. **A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 119.

²¹³ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 201.

²¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 139-140.

²¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Os Novos Princípios Contratuais**. In A construção dos Novos Direitos. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 266-267.

Tradicionalmente o direito econômico tem uma dupla missão: a proteção da livre iniciativa e o desenvolvimento do bem-estar social. Nessa trajetória é inevitável o enfrentamento do direito público com o direito privado, uma vez que o crescimento das relações de mercado necessariamente entram em choque com os direitos sociais e coletivos.

Nesse aspecto, torna-se bastante peculiar o conceito de bem-estar, o qual notoriamente sofreu transformações profundas desde o século XIX. A sociedade industrial concebeu o bem-estar aliado à idéia de progresso, portanto, quanto mais patrimônio tivesse, mais feliz seria o indivíduo.

A partir de meados do século XX, esse conceito deu lugar à expressão “sadia qualidade de vida”, acrescentando ao acúmulo de bens, a noção de meio ambiente equilibrado como condição de uma vida digna. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece como premissa a junção de um bom nível de vida material com o bem-estar físico e espiritual.

O crescimento do discurso ecológico encontrou na economia seu principal antagonista. No entanto, o passar do tempo começou a demonstrar que o choque se dava muito mais por uma resistência ao diálogo do que a uma incompatibilidade natural. Considerando que a finalidade do desenvolvimento econômico sempre foi a manutenção das bases da vida, o caminho natural seria perceber que esse mister seria alcançado de forma plena com a integração do valor ecológico ao processo de produção. Como bem adverte Cristiane Derani, “natureza é o primeiro valor da economia, é a primeira apropriação, base de qualquer transformação”²¹⁶

Na esfera jurídica da propriedade, historicamente o conceito de função social primeiramente dispunha sobre sua capacidade de produzir riquezas. Em seguida, adicionou-se a capacidade desta mesma riqueza garantir a dignidade humana. Hoje, a estes conceitos se agrega a condição de sustentabilidade e de sadia qualidade de vida.

²¹⁶ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 117.

Assegura Ana Prata que “a iniciativa econômica privada tem de visar, primariamente, um objectivo, que é o progresso colectivo, que necessariamente se sobrepõe e não se confunde com os objectivos privados do empresário.”²¹⁷

A integração do direito econômico com o direito ambiental é uma missão que compete tanto ao Estado quanto ao cidadão em suas relações privadas, promovendo o diálogo entre o público e o privado e materializando o princípio da cooperação, como bem assenta Cristiane Derani:

O Estado Social não traça uma via de mão única na relação entre Estado e indivíduo. Ele assenta-se na cooperação entre Estado e economia, ao mesmo tempo em que reclama um comportamento social do indivíduo frente à comunidade. Portanto, integra também o seu conteúdo o aspecto de obrigação do sujeito, traduzida na expressão **responsabilidade social** e devidamente relatada no art. 225 da Constituição (impõe-se à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado).²¹⁸

Indiscutivelmente o modo de produção brasileiro, definido constitucionalmente, é o modo de produção capitalista. Não obstante, quando a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 170, atribuiu à livre iniciativa a preservação do meio ambiente deixou claro os rumos a serem seguidos pelo Estado no trato da propriedade. Uma certeza de que tal capítulo tinha compromissos para com os princípios estabelecidos no art. 225. Cabe ao legislador e ao intérprete aumentar o diálogo entre eles na promulgação de leis e na análise do caso concreto.

5.2. Tecnologias limpas. A harmonia do direito econômico com o direito ambiental.

Alguns conflitos entre normas ambientais que afetavam o crescimento econômico, levaram os Estados europeus a um enfrentamento jurídico a fim de se resolver o impasse. Um caso emblemático levado ao Tribunal de Justiça Europeu foi o caso das “garrafas dinamarquesas”.

²¹⁷ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 203.

²¹⁸ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 261.

O julgamento da lide possibilitou a consolidação de um entendimento de que o tema do meio ambiente era assunto de interesse da comunidade européia, ainda que o fundamento de sua existência fosse o desenvolvimento econômico. Ali consolidou-se a certeza de que o fator ambiental é inerente à atividade econômica, já que é inerente aos componentes ambientais a natureza transfronteiriça, e a livre circulação de mercadorias exige um padrão ecológico único a fim de evitar disparidades que prejudiquem a concorrência. A preocupação com o equilíbrio ecológico dos meios de produção passaria assim a ser um tema de competência da então comunidade econômica européia.

O caso se deu quando a Dinamarca publicou uma lei, em 1981, proibindo o uso de recipientes metálicos no engarrafamento de cerveja e outras bebidas, fundamentando a determinação no argumento ecológico de maior facilidade de armazenamento, recolha e reutilização. A Alemanha, por sua vez, entendeu que a norma constituía um entrave inadmissível ao comércio entre os Estados Membros e uma medida de protecionismo camuflado.

O Tribunal, em seu julgamento, não levou em conta a medida adotada como contrária ao Direito Comunitário e considerou a proteção do meio ambiente como objetivo essencial da comunidade. Nas palavras de Canotilho, “este foi o primeiro reconhecimento de uma exceção ao regime de liberdade de comércio”.²¹⁹ Tratou-se de um avanço significativo na compreensão política e jurídica de que a proteção do meio ambiente envolve a solidariedade entre os Estados, e que a prevenção e o uso de tecnologias limpas são uma necessidade e não uma opção econômica.

A ocupação dos espaços naturais, no âmbito da Constituição Brasileira impõe certos condicionamentos relativos à função social no seu aspecto econômico e ambiental. Tal

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia.** In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p. 18-19.

ocupação pode se dar através de dois movimentos distintos: a propriedade e a apropriação, como bem explica Patryck Ayala. “O direito de apropriação não necessariamente pressupõe a propriedade sobre o bem. A apropriação compreende diversas formas de uso e acesso aos recursos naturais e aos espaços onde se localizam.”²²⁰

O acesso aos recursos naturais de caráter energético, por exemplo, retratam uma forma de apropriação sem que o sujeito possua a propriedade nos moldes concebidos pelos direitos fundamentais de caráter individual. O importante, contudo, é não esquecer que essa modalidade também encerra deveres em relação àquele que deles se serve.

Também se faz importante ressaltar que o fato da Constituição ter reconhecido expressamente o interesse econômico associado aos potenciais hidráulicos, e aos minerais, particularmente para a finalidade de sua exploração energética, não permite que se afirme a exclusão desses bens ambientais da incidência de aspectos do regime especial de apropriação a que se encontram sujeitos.²²¹

Uma produção mais limpa, onde seu custo engloba necessariamente o preço ecológico do uso dos recursos naturais, orienta o proprietário na missão em que se insere o indivíduo nos tempos hodiernos na busca de sua sobrevivência biológica. O “ter” dá lugar ao “ser” e o proprietário solitário da revolução burguesa paulatinamente dá lugar na História para o proprietário solidário, que usa mas não abusa, que possui para si promovendo o bem comum.

5.3. Princípio da solidariedade aplicado ao direito de propriedade: do proprietário absoluto ao administrador prudente.

A primeira questão a ser analisada diz respeito de ser a solidariedade um princípio ou um valor. Se é certo que o Estado de Direito tem como objetivo a justiça social, também é certo que podemos classificar este ideal de solidariedade como um valor a ser perseguido.

²²⁰ AYALA, Patryck de Araújo. **Deveres Ecológicos e Regulamentação da Atividade Econômica na Constituição Brasileira.** In Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p. 268.

²²¹ Id. p. 291.

Não obstante, é imprescindível a distinção entre o preceito normativo de caráter cogente (princípio) e os conceitos subjetivos baseados em conteúdos éticos e filosóficos (valor).

Esta distinção é fundamental na atividade do intérprete a fim de se evitar que a aplicação dos preceitos constitucionais se misturem indevidamente com valores pessoais, afastando-se assim o decisionismo tão danoso para o ordenamento jurídico. Partimos então da distinção apresentada por Robert Alexy entre valor e princípio, baseado nos conceitos práticos propostos por Von Wright:

Segundo ele, os conceitos práticos dividem-se em três grupos: os deontológicos, os axiológicos e os antropológicos. Exemplos de conceitos *deontológicos* são os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo. (..) Já os conceitos *axiológicos* são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom. (...) Exemplos de conceitos *antropológicos*, por fim, são os conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação. Esses três grupos de conceitos abarcam o campo de disputas fundamentais tanto na Filosofia Prática quanto na Ciência do Direito.²²²

Desta forma, fica claro o enquadramento dos princípios no campo deontológico enquanto os valores estão no nível axiológico.

Quando um valor é incorporado ao ordenamento jurídico chamamos isso de jurisdicização. Somente a partir deste fenômeno é que é possível identificar a existência de um princípio normativo, com poder coercitivo perante o indivíduo submetido ao Estado de Direito. A existência, ou não, do valor no ordenamento jurídico, é o pressuposto necessário para se saber se algo é “bom” ou é “devido”. E nesse sentido, continua Robert Alexy:

Mas o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente. A isso soma-se o fato de que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor. Ambos os aspectos são importantes o suficiente para que se dê preferência ao modelo de princípio.

É possível a identificação de valores que impulsionaram a luta da sociedade em busca da garantia que só pode ser instaurada pela positivação de um direito. Nesse sentido, a

²²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 145-146.

história presenciou a tutela dos direitos de liberdade, os direitos políticos e os direitos sociais, todos vistos sob a perspectiva de um dever a ser atribuído a alguém.

O mundo moral, tal qual aqui o entendemos – como o remédio ao mal que o homem pode causar ao outro - , nasce com a formulação, a imposição e a aplicação de mandamentos ou de proibições, e, portanto, do ponto de vista daqueles a quem são dirigidos os mandamentos e as proibições, de obrigações. Isso quer dizer que a figura deontológica originária é o dever, não o direito.²²³

O valor que deu as bases para a construção do princípio da solidariedade foi a fraternidade, proclamada pela Revolução Francesa ao lado da liberdade e da igualdade. Mas ao longo do tempo não se deu o devido espaço para a edição de normas que proclamassem a realização de seu conteúdo. Somente após a segunda guerra que tal valor serviu de fonte para o reconhecimento dos direitos humanos, sendo o termo gradualmente substituído por “solidariedade”. Não obstante tal avanço, seu espaço de atuação está nos preâmbulos ou nos artigos que contemplam os ideais do Estado, a exemplo da Constituição Brasileira. Há, portanto, um longo caminho a seguir até a sua materialização mais extensa no conteúdo normativo.

Fausto Goría²²⁴ afirma que “onde a fraternidade constitui um princípio inspirador de um conjunto de normas, ela representa também um importante critério interpretativo dessas mesmas normas”. Marco Aquini²²⁵ vai mais além assegurando que ela é um “princípio atuante, motor do comportamento dos homens”, evocando a Declaração de Direitos do Homem (1948) onde, segundo ele, se estatui a idéia de uma família humana e onde se introduz a idéia de deveres de cada um para com a comunidade. Alinhando esses

²²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.p. 53.

²²⁴ GORÍA, Fausto. **Fraternidade e Direito: algumas reflexões**. in *Direito e Fraternidade*. Anais do Congresso Internacional “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade?” (2005:Roma). São Paulo: Cidade Nova, LTR, 2008.p.27.

²²⁵ AQUINI, Marcos. **Fraternidade e Direitos Humanos**. in *Direito e Fraternidade*. Anais do Congresso Internacional “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade?” (2005: Roma). São Paulo: Cidade Nova, LTR, 2008.p.42.

pensamentos, Agnes Bernhard²²⁶ afirma que o valor fraternidade pressupõe a liberdade e a igualdade, exercendo entre eles uma relação de interdependência. “Os três conceitos têm por raiz a dignidade da pessoa humana.

5.4. A solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro

O art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) ratifica um projeto notoriamente solidário em seu texto: “Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns com os outros em espírito e fraternidade.”

Partindo dessa premissa, ainda que de forma lenta, mas pontual, o princípio da solidariedade vai ingressando nos tradicionais institutos jurídicos, e hoje é possível identificá-lo inclusive no direito privado, especialmente no direito de propriedade, campo da individualidade por natureza.

Numa escala mais universal, o princípio pode ser identificado no tombamento dos bens considerados patrimônio da humanidade. Seu valor intrínseco está na proteção de direitos que ultrapassam fronteiras e consideram a comunidade humana global como seu destinatário, sem que isso signifique uma ameaça à soberania dos Estados. Trata-se apenas da concepção de que certos bens precisam ser compartilhados, ao menos em seu direito de acesso. Uma atitude solidarista por natureza.

O projeto da era moderna contempla a necessidade constante de regulação de novos direitos, destacando-se hoje os de caráter transindividual. E nesse contexto, o século XXI caminha para a positivação dos direitos de solidariedade. Essa nova concepção traz como pressuposto um ordenamento que valora o dever na mesma proporção dos direitos, um avanço substancial desde a concepção normativa do liberalismo.

²²⁶ BERNHARD, Agnes. **Elementos do conceito de fraternidade e de direito constitucional.** in Direito e Fraternidade. Anais do Congresso Internacional “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade?” (2005: Roma). São Paulo: Cidade Nova, LTR, 2008.p.61-62.

Influenciado pelo positivismo de Augusto Comte, Leon Duguit chega à conclusão de que nem o homem nem a coletividade têm direitos, mas cada indivíduo tem uma certa função a cumprir em sociedade, uma determinada tarefa a executar. Este seria o fundamento da regra de Direito que se impõe a todos, inclusive ao Estado, e a rigor, constitui uma variante da tese contratualista de Rousseau, a despeito de ir além da teoria jusnaturalista.²²⁷

Paulo Bonavides elenca como sendo cinco os direitos transindividuais, ou de terceira geração. São eles o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.²²⁸

O sujeito proprietário, preocupação maior do Direito no Estado Liberal, ganha novos contornos a partir do Estado Social. O direito sagrado e inviolável da propriedade recebe novos contornos com a proteção da dignidade da pessoa humana e em seguida com a necessidade de proteção do meio ambiente. Nas palavras de Barcellona, “*Ciertamente las cosas se han modificado notablemente respecto a los orígenes del principio propietario. La propiedad ha cambiado su forma y probablemente también han cambiado sus lógicas de funcionamiento*”.²²⁹

No Brasil a Constituição Federal positivou o princípio da solidariedade em seu art. 3º, I. Mas já no preâmbulo é possível ver a sua marca, quando ali se estabeleceram os direitos individuais e sociais como valores supremos de uma sociedade fraterna. Através da solidariedade, a democracia se põe a serviço da sociedade e o Estado encontra sua missão social.²³⁰ Nas palavras de Maria Celina Bodin:

O ato beneficente, ou caritativo, permanece sempre como uma liberalidade, uma opção que diz respeito apenas à consciência, não se concebendo em termos de

²²⁷ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.83.

²²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 523.

²²⁹ BARCELONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996.p.106.

²³⁰ Id. p.192.

obrigação a não ser moral; ao passo que a solidariedade, nos termos invocados pelo constituinte, é um dever de natureza jurídica.²³¹

Trata-se, como assegura Farias, de um princípio que reflete uma nova relação indivíduo-Estado e indivíduo-sociedade, propondo um discurso que não se confunde com “caridade” ou “filantropia”, mas num dever jurídico, indo além de uma proposta de um sistema de proteção social para se transformar num fio condutor indispensável à construção e à conceituação das políticas sociais.²³² Os incisos do art. 3º da Constituição Federal convocam Estado e sociedade a uma atuação mais promocional do direito, num projeto que envolve o legislador e o intérprete da norma, bem como o cidadão em suas relações privadas.

5.5. Novos contornos jurídicos para um exercício solidário da propriedade

A História demonstra algumas experiências sociais onde o homem exercitou a solidariedade, começando pela família, estendendo-se para a cidade para chegar às nações. Adverte Duguit que embora seja possível ainda uma solidariedade que abranja toda a humanidade, o homem sempre dirige sua solidariedade para os membros de um grupo determinado.²³³

O sujeito da era moderna, ao se livrar do estigma de súdito e conquistar o reconhecimento jurídico de sua cidadania, canalizou a construção dos direitos na seara da individualidade. Uma vez que só conhecia a opressão e a exploração do seu trabalho, era justificável não haver espaço para normas de caráter solidário. Era preciso garantir sua liberdade, um direito que naquela época foi refletido na propriedade.

Somente após a experimentação de uma era de liberdade jurídica, com a sociedade separada do Estado, e cada um com seu projeto social, é que foi possível perceber os

²³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. In A construção dos Novos Direitos. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 240-241.

²³² FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 190.

²³³ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliese. 2 ed. São Paulo: Ícone, 2006.p.22.

resultados danosos da falta de um projeto mais solidário nos ordenamentos. Abriu-se a porta para a formação do Estado Social, o qual ofereceu um novo contorno para o direito de propriedade.

Embora preconizando uma nova época, a que chamou de “social”, Mazzini reconheceu que, na Declaração dos Direitos de 1789, haviam sido resumidos “os resultados da era cristã, pondo acima de qualquer dúvida e elevando à dogma político a liberdade conquistada na esfera da idéia pelo mundo greco-romano, a igualdade conquistada pelo mundo cristão, e a fraternidade que é consequência imediata dos dois termos”.²³⁴

O projeto trazido pelo Estado Social trouxe as bases para uma sociedade mais solidária no campo do direito, e com ele foi possível repensar alguns institutos ligados à propriedade. Desse novo paradigma nasceu a previdência social, os consórcios, o dever de lealdade e boa-fé nos contratos (solidarismo contratual), os serviços públicos, entre outros. Também assentou-se a mais profunda ingerência de tal princípio no campo do direito privado, quando se instituiu a responsabilidade objetiva no Código Civil.

A conquista da plenitude dos direitos políticos e sociais não havia sido conquistada com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tratando o indivíduo de buscar assegurá-la ao longo dos séculos XIX e XX. Essa perspectiva deu origem ao discurso assistencialista, atribuindo-se ao Estado a obrigação legal de prover as necessidades do trabalhador no campo social, especialmente no campo de proteção ao trabalho.²³⁵

Agnes Bernhard²³⁶ diz que a partir do conceito de fraternidade é possível realizar uma reflexão totalmente nova sobre os fundamentos dos direitos fundamentais e dos direitos em geral. Segundo ela,

²³⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 86.

²³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. In A construção dos Novos Direitos. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 244.

²³⁶ BERNHARD, Agnes. **Elementos do conceito de fraternidade e de direito constitucional**. in Direito e Fraternidade. Anais do Congresso Internacional “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade?” (2005: Roma). São Paulo: Cidade Nova, LTR, 2008.p.62.

Aqueles fundamentais, considerados do ponto de vista da fraternidade, poderiam assumir o seu significado não como um bem atribuído ao indivíduo, mas pela sua capacidade de saber criar ordem entre indivíduos e grupos. A liberdade, a propriedade ou a igualdade tornam-se direitos relevantes somente se organizam as relações entre os homens e são definidos conseqüentemente.

Outra grande contribuição do princípio para a concretização da tão desejada justiça social está no fato de que por meio dele é possível avançar no conteúdo da igualdade, para reconhecer a diversidade entre os indivíduos. Nesse sentido, assegura Duguit²³⁷:

Sendo a regra de direito similar para todos os homens, considerando que impõe a todos a cooperação na solidariedade social, estabelece, contudo, para cada um, deveres diferentes, porque a tendência e o potencial, em cada homem, são diferentes e por isso mesmo devem cooperar de maneira diferente na solidariedade social. Essa proposição invalida o conceito tão disseminado, principalmente na França revolucionária, da igualdade absoluta entre todos os homens.

O projeto do Estado Social continua, e no novo século que se inicia, estende seu campo de incidência na construção de novos direitos. Evidencia-se os direitos transindividuais, ou de terceira geração, com destaque para a proteção do meio ambiente, um direito fundamental esculpido sobre a solidariedade intergeracional. O individualismo proprietário do século XIX fica cada vez mais distante do cidadão solidário do século XXI, e o meio ambiente deixa de ser cenário para seu dono e senhor para se transformar em bem jurídico passível de proteção tanto quanto o animal humano.

Essa solidariedade comporta uma conduta ética do cidadão para com o todo, enfocando a diversidade biológica, e não apenas o ser humano, uma concepção onde o individualismo liberal dá lugar a uma noção de pertencimento do ser humano a uma complexa rede de vida, que merece tanta proteção quanto recebe a espécie humana.

Alinhavando esse pensamento, diz Morato Leite:

Foi erigido, em termos de proteção ambiental, um sistema de responsabilidade solidária e ética com vistas às futuras gerações. Os deveres da coletividade provenientes da responsabilidade compartilhada e solidária também se relacionam com a limitação de direitos subjetivos dos sujeitos da coletividade, pois tendem a

²³⁷ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliese. 2ed. São Paulo: Ícone, 2006.26.

incidir reduzindo a manifestação de determinadas liberdades, como, por exemplo, o direito de propriedade.²³⁸

A propriedade serviu como fio condutor do homem para sua dignidade. Livre e digno era o sujeito proprietário. Uma vez que o conceito dignidade ultrapassou os limites do patrimônio e passou a reconhecer os direitos existenciais, essa mesma propriedade precisa ser conduzida à realização das necessidades do proprietário ao mesmo tempo que garante o equilíbrio da complexa cadeia biológica que o cerca.

O princípio da solidariedade, por ser um princípio conformador, à medida que é o fundamento para harmonização de direitos, não consolida um direito em si, como o é a propriedade ou o meio ambiente equilibrado. Ele se mostra como um elo entre direitos, capaz de integrá-los no lugar de promover um afastamento de um em relação ao outro quando em situação de enfrentamento.

Maria Celina Bodin de Moraes analisa o conflito aparente entre os direitos de liberdade e os direitos-deveres de solidariedade, afirmando que:

Não se trata em verdade de impor limites à liberdade individual, atribuindo necessariamente maior relevância à solidariedade, mas sim da conformação de ambos os princípios em face da proteção da dignidade humana, o que, à luz do caso concreto, poderá fazer com que “a medida de ponderação para a sua adequada tutela propenda ora para a liberdade, ora para a solidariedade..²³⁹

O exercício dos direitos individuais, sociais e ambientais dependem dos vínculos de solidariedade, um fundamento que ultrapassa a esfera moral e transcende para o dever jurídico. O projeto de justiça social apresentado pela Constituição Brasileira de 1988 convoca o cidadão a participar junto com o Estado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

²³⁸ ²³⁸ LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de Risco e Estado**. In Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.p.196-197.

²³⁹ *Apud* FENSTERSEIFER. Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115.

Conclusão

Conhecer o instituto da propriedade é conhecer uma parte importante do ser humano. Seus valores, suas crenças, seus compromissos, sua formação social, tudo convergiu ao longo da história para a aquisição de bens. O acúmulo de riquezas promoveu bem-estar, melhora nas condições de alimentação e moradia, mas também proporcionou a formação de classes e as desigualdades sociais.

A primeira relação homem-natureza teve como parâmetro a certeza de que o ambiente natural estava a serviço do ser humano, o que impediu qualquer possibilidade de proteção da biodiversidade. Sendo o homem o centro de proteção da norma, o meio ambiente não possuía valor jurídico até o advento do Estado Social.

A herança deixada pela era da industrialização colocou o homem de frente com a sua condição biológica e sua essência de conquistador da natureza encontrou limites, os quais impuseram respeito pelo elemento não-humano, sob pena de comprometimento da sua própria existência. Essa realidade não poderia ficar longe da seara do direito por muito tempo e uma nova linguagem se impôs aos ordenamentos jurídicos da era moderna, alocando a tutela do meio ambiente no rol dos direitos fundamentais.

A propriedade privada recebeu da Constituição Brasileira de 1988 um novo conteúdo, que não retirou dela a qualidade de direito individual e fundamental, mas agregou-lhe deveres em prol da coletividade e do meio ambiente.

A propriedade privada e descompromissada de outrora só compreendia a noção de bens corpóreos e passíveis de acumulação por um sujeito individualizado e livre para deles dispor. Foi necessário que a humanidade experimentasse o lado ruim da falta de controle da liberdade privada para repensar seus valores, seus conceitos e seus ideais de justiça. A forte

desigualdade social formada entre sujeitos proprietários e não proprietários, assim como as consequências ambientais, conduziram a um novo ciclo na história da propriedade e do Direito, nascendo assim o Estado Social com profundo conteúdo solidário entre os homens, entre o cidadão e o Estado, e entre o homem e a natureza.

Nesse novo modelo de Estado não se suprimiu a propriedade privada nem a liberdade dos cidadãos, ocorrendo tão somente uma mudança de conteúdo dos direitos, mas suficiente para gerar uma grande revolução nas relações jurídicas e sociais. A garantia de direitos coletivos e a intervenção do Estado nas relações privadas demonstra que os bens e os direitos tem funções a cumprir, e o proprietário, que continua livre e capaz de acumular riqueza, tem deveres perante o meio ambiente e os demais cidadãos, incluindo as gerações futuras.

As constituições modernas remodelaram os direitos individuais, à medida que os funcionalizaram, e por consequência, a ética da autonomia privada passou a conviver com a ética da responsabilidade. A propriedade humanizou-se, conformando os direitos individuais com os interesses difusos tutelados por um ordenamento jurídico que permite a coexistência das liberdades com os deveres de sustentabilidade.

A percepção de que a todo direito corresponde um dever conduziu a humanidade a uma noção mais equilibrada de justiça, posto que nesse contexto há uma melhor distribuição das riquezas e de oportunidades. Consequentemente, quando mais sujeitos participam dos ideais de democracia, onde a igualdade na lei é substituída pela igualdade material, abre-se um campo fértil para a criação de novos direitos e inevitável é o enfrentamento entre o antigo e o novo, cobrando-se dos cidadãos um posicionamento sobre seus valores morais e jurídicos.

As novas demandas sociais expandiram o rol dos direitos fundamentais e reformulou o conteúdo dos já existentes. O avanço tecnológico e a herança deixada pelos benefícios da sociedade industrializada, levou a humanidade a uma terceira reflexão dentro do

Estado de Direito. Trata-se da compreensão da existência dos bens difusos, a exemplo do meio ambiente, que exige uma reformulação da linguagem jurídica, frente aos novos valores jurídicos que impõe.

No Brasil, apesar de legislações importantes existentes a partir dos anos 30, somente com a Constituição Federal de 1988 foi possível uma real tutela do meio ambiente, quando ele foi erigido à categoria de direito fundamental e agregou deveres ao direito de propriedade e ao proprietário.

Ainda se vê o alargamento do conteúdo de direitos como a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade, atribuindo à primeira uma concepção biológica e à segunda um aspecto ambiental.

A inserção da tutela do meio ambiente na legislação brasileira apesar de impor uma reformulação dos institutos ligados à propriedade, ainda encontra resistência no texto do Código Civil, que mesmo após a promulgação da nova lei em 2002, manteve uma linguagem tipicamente patrimonialista e alheia ao conteúdo difuso que passa a compor a propriedade.

Os ordenamentos, acostumados ao uso da força no cumprimento de deveres encontra neste século o desafio de modificar sua linguagem e atribuir ao texto legal uma atitude de estímulo às virtudes civis no lugar de sanções punitivas pelo descumprimento de seus preceitos. A tutela do meio ambiente, por ter uma finalidade de preservação, não é compatível com normas puramente punitivas, visto que estas não recuperam o dano causado na grande maioria dos casos. Uma legislação que venha a estimular boas práticas de sustentabilidade certamente produz mais efeitos do que aquela que busca tão somente a punição.

A realidade do século XXI apresenta enfrentamentos complexos e exige uma linguagem jurídica diferente daquela que compôs os direitos no Estado Liberal e até mesmo

da que compôs os direitos sociais no próprio Estado Social. Os direitos difusos exigem um compromisso maior do cidadão e do Estado, e promovem a eliminação de fronteiras entre o público e o privado quando os aspectos existenciais se envolvem com os interesses patrimoniais.

Nesse contexto, o desenvolvimento de um conceito mais universal de cidadania, aliado ao estímulo normativo de práticas de consumo mais conscientes, certamente alcançará melhores resultados na tutela do meio ambiente. O encontro entre a economia e a ecologia já é uma realidade e pode ser ainda mais estimulada por parte dos ordenamentos, especialmente no Brasil.

Infelizmente, a evolução do direito ambiental não foi acompanhada da mesma evolução na teoria jurídica civil que sequer elenca na sua classificação de bens, os de natureza difusa, como também não acrescenta uma nova linguagem ao capítulo da propriedade e ao direito econômico. Apesar de não se negar a existência do novo ramo do direito, constituído num microsistema dentro do ordenamento, ainda se mostra o Código Civil insuficiente para resolver os conflitos ecológicos do século XXI, com institutos que mantêm a linguagem criada para o século XIX.

O direito ambiental convoca os demais ramos jurídicos a uma nova estrutura de pensamento, onde a lei substitui seu caráter punitivo (embora não o abandone) por uma legislação mais promocional, que estimula as boas condutas e insere nas relações privadas um conteúdo existencial junto à propriedade.

O princípio da solidariedade, trazido do valor jurídico Fraternidade, e inserido na Constituição Federal Brasileira como objetivo do Estado, ao constituir o meio ambiente equilibrado um direito fundamental pertencente a todos, impôs a superação do individualismo proprietário, convocando os ramos do Direito a uma reformulação de seus institutos, unindo

Estado e cidadão num projeto comum: a tutela dos direitos fundamentais, funcionalizados e comprometidos com a ética social e ecológica.

Possivelmente esteja o ser humano compreendendo que seu maior patrimônio é sua própria natureza.

Referências

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de Propriedade e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999.

ALEX, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2 ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

AQUINI, Marcos. Fraternidade e Direitos Humanos. *in* **Direito e Fraternidade**. Anais do Congresso Internacional “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade? (2005: Roma). Cidade Nova: LTR: São Paulo, 2008.p.42.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AYALA, Patryck de Araújo. Deveres Ecológicos e Regulamentação da Atividade Econômica na Constituição Brasileira. *In* **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.

BARCELONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

BENJAMIM, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. *In* **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Reconstruindo o Direito Civil a partir do Direito Ambiental: contrato, bens, sujeito. **Diritto & Diritti – Rivista Guiridica On Line**. In <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/24661.html>, capturado em 15 de outubro de 2009. p. 1-28.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Consitucional Ambiental Português e da União Européia. In **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs). São Paulo: Saraiva, 2007.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Edson Bini. 4 ed. São Paulo: Edipro, 2009.

CRUZ, Juan Antônio. **El Lenguaje de los Derechos**. Madrid: Trotta, 2007.

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

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliese. 2ed. São Paulo: Ícone, 2006.

EHRHARDT Jr. Marcos. **Direito Civil: LICC e parte geral**. Salvador. Podivm, 2009.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sociomambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GORIA, Fauto. Fraternidade e Direito: algumas reflexões. in **Direito e Fraternidade**. Anais do Congresso Internacional “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade? (2005: Roma). São Paulo: Cidade Nova: LTR, 2008.p.27.

HINOSTROZA, M.; Guerra, S. M-G. Questões ambientais e implicações econômicas: visão introdutória. **Revista Direito Ambiental**. Ano I, abr-jun 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 91-111.

IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. 2º vol. Trad. José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética pra a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto Editora Puc-Rio, 2006.

KEINERT, Maurício. O Conhecimento em Kant: limites da experiência. **Revista Mente.Cérebro & Filosofia: fundamentos para a compreensão contemporânea da psique**. 3ª ed. São Paulo: Ediouro, 2008.

KOSELLECK. **Crítica e Crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Rio de Janeiro: Contraponto EDUERJ, 2006.

_____. **Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto EDUERJ, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *in* **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (orgs). Saraiva: São Paulo, 2007.

LEITE, José Rubens Morato; DANTAS Marcelo Buzaglo. Instrumentos de Proteção Ambiental e o Mercosul. **Revista Direito Ambiental**. Ano I, abr-jun 1996. Revista dos Tribunais: São Paulo.p. 112-122.

LÉVY. Jean-Philippe. **História da Propriedade**. Trad. Fernando Guerreiro. Lisboa: Editorial Estampa, 1973.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Nº 141, jan-mar. Senado Federal: Brasília, 1999. p. 99-109.

_____. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Os Novos Princípios Contratuais. *In* **A construção dos Novos Direitos**. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 261-277.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

MILARÉ, Edis. Responsabilidade Ética em Face do Meio Ambiente. **Revista Direito Ambiental**. Ano I, abr-jun 1996. Revista dos Tribunais: São Paulo. p. 40-49.

MONTERO, Carlos E. Peralta. O Fundamento e a Finalidade Extrafiscal dos Tributos Ambientais. *in* **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. MOTA, Maurício (coord.) Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2008. p.257-285.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *in* **A construção dos Novos Direitos**. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 232-260.

MORRIS, Christopher W. **Um Ensaio sobre o Estado Moderno**. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OST, François. **A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *in* **A construção dos Novos Direitos**. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.136-150.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2008

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SCARPI, Vinícius. Equidade Intergeracional: uma leitura republicana. *In* **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. MOTA, Maurício (coord.) Rio de Janeiro: Campus Jurídico. Elsevier., 2008. p.65-80.

SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental: extrafiscalidade e função promocional do direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, Fred; IRVING, Marta de Azevedo; MOTTA, Luiz Eduardo. A Questão Ambiental como Inspiração para o Consumo Verde no Brasil. *In Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*. MOTA, Maurício (coord.) Rio de Janeiro: Campus Jurídico. Elsevier., 2008. p. 183-209.

TEPEDINO, Gustavo. A Incorporação dos Direitos Fundamentais pelo Ordenamento Brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas?. *in A construção dos Novos Direitos*. Matos, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p.151-175.

_____. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. *Boletim da Faculdade de Direito*. Studia Jurídica. Nº 48. Colloquia 6. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 323-345.

_____. **O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade** - <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca5.pdf> - capturado em 14 de de setembro de 2008.

VIROLI, Maruzio; Bobbio, Norberto. **Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

WIEACKER, Frans. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A.M.Botelho Hespahanha. 3 ed. Fundação Calouste Gulbenkian. 1980.