

AMANDA VAZ CORTESI

**BEM AMBIENTAL: A SUPERAÇÃO DA VISÃO TRADICIONAL CIVILÍSTICA
FACE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

CURITIBA

2006

AMANDA VAZ CORTESI

**BEM AMBIENTAL: A SUPERAÇÃO DA VISÃO TRADICIONAL CIVILÍSTICA
FACE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel de Direito Curso
de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Elizeu de Moraes Corrêa

Co - orientadora: Prof^ª. Ana Cláudia Bento Graf

CURITIBA

2006

Ao meu porto seguro, presente em todos os momentos, a pessoa em que me espelho para que possa alcançar um pouco do muito que é e daquilo que representa para mim. A pessoa pela qual dedico todo o percurso até aqui alcançado e a quem dedicarei todos os sucessos posteriores os quais sempre acreditou e incentivou. Minha vida e meu norte de vida, minha MÃE.

À minha “futura geração”, GUSTAVO, meu filho querido que merece, assim como todos nós, poder colher uma fruta de uma árvore não desmatada e poder beber de uma água pura, que possa conhecer tudo que a natureza oferece tendo a consciência de que para desfrutar é preciso também cultivar, com amor e respeito.

Ao FERNANDO, meu velho e eterno amigo, novo companheiro e amor que com muita paciência me ajudou a superar todos os obstáculos e me mostrou a alegria de um mundo novo. O dia do nosso amor tem que ser todo dia, com calor e alegria e que seja assim até o fim.

Ao meu “tio” RICARDO que no meu primeiro ano de faculdade fez uma linda dedicatória em seu livro “à futura mais brilhante jurista”, saiba que o caminho esta sendo trilhado sem pressa e com dedicação.

Dedico.

Aos mestres ELISEU e ANA que, pela interlocução neste trabalho, demonstraram as infinitas ramificações que instigam a seguir em frente. Pessoas que vão além do magistério para demonstrar o quanto o ambiente é rico e diverso.

À minha família que embora pequena de tamanho é imensa em alegria e amor. Vó, Bibi, Lelê, Madrinha, Tio, Manoel, Lulu e Fred, amo todos vocês.

Aos velhos e eternos amigos que me proporcionaram uma época em que as obrigações eram menores e as diversões sem fim.

Aos amigos que surgiram neste percurso da academia que de longe superaram o simples coleguismo e, cada um de sua forma peculiar, me fez aprender algo novo seja nos bares, nas reuniões de fim de ano, nas brincadeiras, nos estudos, nas viagens ou mesmo na sala de aula. Amigos e futuros colegas que, como eu, levarão esses bons momentos para o resto de suas vidas.

Agradeço.

Na primeira noite eles se aproximam
e roubam uma flor
do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na segunda noite, já não se escondem;
pisam as flores,
matam nosso cão,
e não dizemos nada.
Até que um dia,
o mais frágil deles
entra sozinho em nossa casa,
rouba-nos a luz, e,
conhecendo nosso medo,
arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada.

Eduardo Alves da Costa - "No caminho de
Maiakovski"

SUMÁRIO

RESUMO	vii
INTRODUÇÃO	1
1. IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE	4
1.1 Retrospecto histórico acerca da proteção ao meio ambiente.....	4
1.2 A importância do surgimento e autonomia do Direito Ambiental	9
1.3 O meio ambiente como macrobem	13
2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL	15
2.1 Os bens jurídicos: o bem ambiental como <i>res nullius</i>	15
2.2 O processo de descodificação	20
2.3 A ruptura do paradigma público / privado.....	23
2.4 A constitucionalização do Direito Civil.....	26
3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	30
3.1 A previsão de proteção ambiental do art. 225.....	30
3.2 Os princípios ambientais	34
3.3 A função socioambiental da propriedade privada.....	43
4. A NATUREZA JURÍDICA DO BEM AMBIENTAL	47
4.1 A distinção entre interesse público e interesse difuso: a proteção do meio ambiente como interesse público e difuso	47
4.2 O bem ambiental como direito difuso	49
4.3 Da titularidade dos bens ambientais	54
4.4 O meio ambiente como bem de uso comum do povo	59
4.5 O meio ambiente como direito humano fundamental	61
4.6 O bem ambiental como <i>res communes omnium</i>	68
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

RESUMO

A importância da proteção ambiental na sociedade atual, inserida num contexto globalizado em que a busca pela concretização de valores sociais supera a tradicional visão individualista patrimonial do direito privado, é o que conduz à análise do significado do termo bem ambiental, entendido em seu mais amplo significado. A Carta Constitucional de 1988 reflete essa mudança de paradigmas no direito, incluindo dentre as suas previsões de direitos fundamentais, o direito a um meio ambiente sadio, protegendo-o para as presentes e futuras gerações; daí a importância da demonstração dessa evolução do pensamento jurídico que perpassa por grandes acontecimentos históricos, fazendo com que seja superada a dicotomia entre público e privado em decorrência da complexidade das relações, impondo ao Direito Civil, tipicamente privatista, o recebimento de influências públicas constitucionais, alterando ou devendo alterar alguns de seus conceitos mais tradicionais como o ora tratado, o bem jurídico. Os bens ambientais são modernamente entendidos como direitos de terceira geração, direitos de solidariedade, caracterizados por sua transindividualidade, pertencentes indistintamente a toda uma coletividade e, por tal motivo, merecendo grande atenção e cuidado por parte de todos, independentemente de fronteiras territoriais, culturais, religiosas ou legais, exigindo-se destas, principalmente, alterações substanciais em seu perfil, ampliando seu rol de direitos e assumindo novos contornos. A concepção que deve ser observada nos dias atuais a partir da “Constituição Cidadã” é o norte que fará com que seja demonstrada a importância da aproximação entre a construção teórica de bens ambientais e sua real efetivação.

Palavras-chave: Bem jurídico; Meio ambiente; Direitos difusos; Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Durante séculos, a capacidade de explorar e transformar os recursos da natureza foi considerada como principal medida do progresso humano. Somente nas últimas décadas, com a ajuda da ciência, foi possível comprovar que a natureza tem limites que, se não respeitados, podem acarretar no colapso do sincronismo que regula a vida na Terra.

Essas complexidades decorrentes da vida em sociedade passaram a exigir do Estado uma maior intervenção e também uma atuação mais efetiva do legislador que deixa de se portar de maneira genérica e pretensamente neutra, em que fazia prevalecer a autonomia privada em decorrência do modo de pensamento trazido pelo modelo capitalista, e passa a promover valores e políticas públicas através do direito.

O meio ambiente, na atualidade, é um dos poucos temas que interessa a todas as nações, independentemente de seu regime político ou sistema econômico, pelo fato de que as conseqüências geradas pelos danos ambientais não ficam adstritas territorialmente, atingindo regiões as mais diversas.

Surgindo como uma necessidade de disciplinar a relação ser humano-natureza, o direito ambiental possui além da função de tutelar o meio ambiente, a de fazer com que a sociedade reveja seus conceitos e redimensione suas relações com o meio em que vive.

Apesar da existência de leis esparsas de proteção ao meio ambiente, a verdade é que em nosso país o legislador tardou em conferir ao bem jurídico meio ambiente um tratamento a altura de sua importância. Isso só veio a ocorrer em 1988, quando o bem jurídico meio ambiente foi elevado à categoria de valor constitucional.

Partindo desse entendimento, faz-se necessária a revisão do conceito de bem como tradicionalmente tratado na civilística, eis que exigia deste uma suscetibilidade à apreciação econômica, independentemente de sua utilidade,

para ser de tal forma classificado, o que acarretava a atribuição ao bem ambiental da condição de coisa sem dono ou *res nullius*, pois não passível de apropriação individual.

Essa visão destoa da previsão legal trazida pela Carta Maior que prevê a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, classificando-o como um direito fundamental ligado à noção de dignidade da pessoa humana, um bem de uso comum do povo, ou seja, pertencente à coletividade considerada em sua integralidade.

Fundamental é a análise da evolução histórica recente do direito privado para alcançarmos os motivos de tal classificação, ressaltando que, apesar de mais recente que a Constituição Federal, o Código Civil teve suas bases ideológicas e políticas inseridas na década de 70, motivo principal desta diferença protetiva, devendo ser superada sua visão essencialmente privatista e abstrata que ainda segue em grande parte os modelos das grandes codificações dos Séculos XVIII e XIX, resumindo-se à pura técnica regulamentar.

Justifica-se tal estudo pelo fato de que a concepção do vocábulo “bem jurídico” deixa de ter a conotação de algo capaz de ser apropriável e com atribuição de valor monetário, fazendo com que surja uma nova vertente de bens que são aqueles pertencentes a toda a coletividade indistintamente, os bens difusos, inapropriáveis e que abarcam valores sociais, culturais, simbólicos, dentre outros que não se resumem a uma valoração estritamente econômica.

Tendo por base os princípios constitucionais e, principalmente, a partir da leitura atenta do artigo 225 da Carta Magna infere-se que o ser humano passa a ser visto não mais como dono, mas como gestor dos recursos naturais e, conseqüentemente, neste contexto a propriedade passa a ter uma função ambiental por ser requisito indispensável de garantia de vida saudável a todos os indivíduos.

Para que isso reste comprovado, importante se faz a análise da evolução pela qual passou a proteção do meio ambiente, principalmente a partir do surgimento de um ramo específico do direito com princípios próprios, qual seja o

Direito Ambiental e também da concepção mais tradicional acerca dos bens jurídicos para que se alcance a idéia do bem ambiental como macrobem, os processos modificativos pelos quais passou o Direito Civil fazendo-o alterar sua concepção individualista de proteção e, finalmente, as previsões contidas na Constituição Federal de 1988 para que sejam observadas e tiradas conclusões acerca da natureza jurídica dos bens ambientais e, conseqüente e principalmente, da sua titularidade.

A partir desse estudo, procura-se demonstrar a referida evolução nos conceitos do direito pátrio, sem a pretensão de exaurimento do assunto até porque complexo e também pelo fato de a cada dia os conceitos se alterarem assim como a sociedade, demonstrando a importância do efetivo reconhecimento dos recursos naturais e do patrimônio cultural como verdadeiros BENS AMBIENTAIS para que sejam protegidos da forma necessária e suficiente, harmonizando o progresso econômico e tecnológico sem com isso afetar a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

1. IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

“É uma questão de disciplina. Quando a gente acaba a toaleta da manhã, começa a fazer com cuidado a toaleta do planeta. É preciso que nos habituemos a arrancar regularmente os baobás logo que se diferenciem das roseiras, com as quais muito se parecem quando pequenos. É um trabalho sem graça, mas de fácil execução”.

O Pequeno Príncipe de Saint-Exupéry

1.1. Retrospecto histórico acerca da proteção ao meio ambiente

A preocupação com o meio ambiente não é recente¹, contudo, diante de elementos isolados na natureza, sua proteção se dava de forma unitária e imediatista. Somente na atualidade, a partir da segunda metade do século XIX, é que esta se efetiva diante da crise ambiental que se apresenta como decorrência da busca desenfreada do ser humano pelo desenvolvimento, desconsiderando a

¹ Marise da Costa Duarte (**Meio Ambiente Sadio: direito fundamental em crise**. Curitiba: Juruá, 2003. pp. 34-35) demonstra as primeiras manifestações históricas acerca do ambiente: “Há cerca de 3700 anos, houve o abandono das cidades sumérias quando as terras irrigadas que haviam produzido os primeiros excedentes agrícolas do mundo passaram a se tornar cada vez mais salinizadas e alagadiças. Platão, há quase 2400 anos, já deplorava o desmatamento e a erosão do solo provocada nas colinas de Ática pelo excesso de pastagem e pelo corte das árvores para lenha. Na Roma do século I, Columela e Plínio advertiam que o gerenciamento medíocre dos recursos ameaçava produzir quebras de safra e erosão. A poluição do ar pela queima de carvão preocupava de tal modo a Inglaterra medieval que no ano de 1661 o memorialista e naturalista John Evelyn lançou protestos contra a nuvem preta que cobria a cidade de Londres. Na Península Ibérica, no século XVI, se registram normas relativas à preservação de florestas e ao reflorestamento para fins de construção de embarcações(...)”. Da mesma forma, embora se utilizando de conotações diversas, Vasco Pereira da Silva (**Verde Cor de Direito: lições de direito do ambiente**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005. p.17) afirma que o amor e a preocupação com a Natureza se verificam desde os primórdios da humanidade e demonstra sua afirmação através das palavras de São Francisco de Assis que falava do “amor ao irmão lobo” ou à “irmã andorinha” e também da concepção de Jean-Jacques Rousseau que acreditava que o “estado de natureza” e o “mito do bom selvagem” seriam a idealização de uma realização individual com o meio ambiente enquanto realidade pré-política, anterior à “corrupção” inerente ao processo de socialização e ao surgimento do “contrato social”.

importância da manutenção de sua qualidade de vida propiciada por um meio ambiente sadio. Neste sentido dispõe FAGUNDEZ:

Em verdade, a sociedade capitalista de consumo não consegue conter a sua própria vontade de autodestruição. O interesse é imediato. É a vontade de suprir uma necessidade inexistente. Ou uma necessidade que, uma vez suprida, gera novas necessidades. Em decorrência, fundamentalmente, do marketing, que não vê barreiras para a expansão do capitalismo, o qual, à medida que avança, provoca lesões irreversíveis nas relações individuais e coletivas existentes no tecido social².

Na era primitiva não se falava em agressão à natureza, pois o homem apenas buscava extrair dela o necessário à sua sobrevivência, contudo desde o surgimento do homem na Terra inicia-se o processo de sua transformação, mas como apontam OLIVEIRA e GUIMARAES³, durante muito tempo a relação do ser humano com a natureza foi marcada pelo medo, pois aquele não era capaz de moldá-lo às suas necessidades. Uma maior devastação da flora e da fauna é sentida quando o homem passa a caçar e cultivar, mas, ainda assim, enquanto permanecia limitado a sua região, a maior parte do planeta ainda permanecia intacta. A expansão marítima e comercial na Europa foi a responsável para que a política de desenvolvimento fosse exportada para o resto do mundo, buscando matéria prima para seu desenvolvimento sem preocupar-se com o ambiente.

A degradação do meio ambiente inicia-se efetivamente na Idade Moderna, especialmente com o advento da Revolução Industrial, período compreendido entre o fim do século XVII e meados do século XVIII, decorrendo daí a consciência do ser humano da necessidade de proteção do meio ambiente. No dizer de ANTUNES “preservação e degradação, são termos que não possuem valor absoluto e que devem ser compreendidos em contextos historicamente definidos como relação social e intervenção e transformação do meio natural e o

² FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Reflexões sobre o Direito Ambiental**. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.) *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004. p. 585.

³ OLIVEIRA, Flávia de Paiva M. de; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Meio Ambiente e Cidadania: uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: Madras, 2004. pp. 14-19.

que essa relação significa para uma dada sociedade, de que forma constitui os seus objetos, um produto da cultura”⁴.

OLIVEIRA e GUIMARÃES demonstram a alteração do campo de preocupação acerca do meio ambiente ocorrido já no século XX:

(...) a partir de meados do século XX, os que se preocupavam com a degradação ambiental deixaram de se interessar apenas com seu enfoque científico ou técnico e passaram a se preocupar, também, com seu aspecto social e político, tendo em vista o processo de industrialização, o crescimento da exploração dos recursos naturais e o uso da energia nuclear. Começou-se a perceber que os ecossistemas não se reconstruíam automaticamente, mas levavam milhões de anos para se recompor, numa seqüência independente de processos evolutivos, colocando em risco a própria sobrevivência da espécie humana. A tomada de consciência, porém, só ocorreu quando se constatou que as condições tecnológicas e industriais e as formas de organização e gestão econômica da sociedade estavam em conflito com a qualidade de vida.⁵

DUARTE⁶ demonstra que este movimento protetivo sofreu um período de estagnação diante da ocorrência das duas Guerras Mundiais, sendo retomado após o fim da Segunda Guerra, acompanhando a criação da Organização das Nações Unidas, sob a influência de seu espírito globalista e de recuperação. Ao final dos anos 60 o Estado Social entra em crise pela soma das conseqüências ambientais geradas a partir do modelo de produção adotado, ameaça de guerra nuclear decorrente da Guerra Fria, crescimento tecnológico e, finalmente pela crise do petróleo nos anos 70. Diante disso surgem organizações não governamentais ligadas à questão ambiental, decorrendo o que chamamos de revolução ambientalista “caracterizada pela crescente efervescência de um movimento destinado a implementar mudanças para uma sociedade global aparentemente propensa à destruição”⁷.

Em 1972 foi realizada em Estocolmo a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, tendo a participação de diversos países e instituições governamentais e não governamentais, todos conscientes de que o

⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p.238.

⁵ *Op. Cit.* p. 20.

⁶ *Op. Cit.* pp. 35-54.

⁷ *Idem* p. 41.

ser humano estava utilizando os recursos naturais de forma irracional⁸, sendo que os problemas ambientais ultrapassavam as fronteiras nacionais e por tal motivo, todos deveriam atuar conjuntamente. Este encontro marcou o início de um novo período para o movimento ambientalista mundial, tendo como principal discussão a dicotomia proteção ambiental e desenvolvimentismo, gerando conflito entre os países desenvolvidos e aqueles em desenvolvimento⁹, expondo DUARTE acerca de seus resultados:

Assim, se pode dizer que, ainda que as resoluções obtidas naquela Conferência não passassem de declarações de intenções (que não continham cláusulas de cumprimento legal obrigatório) e que ali não se tenha encontrado soluções imediatas para os problemas que a provocaram, o consenso dela originado serviu a demonstrar o seu mais importante mérito que consistiu em legitimar a questão ambiental na política mundial, abrindo espaço para que as demandas e valores que estavam emergindo na sociedade civil começassem a integrar a pauta de preocupação dos Estados. Deve ser ressaltado que nos anos que se seguiram à Conferência de Estocolmo foi elaborada uma grande quantidade de instrumentos internacionais tratando da proteção ambiental tanto em nível global como no regional¹⁰.

Decorridas duas décadas, em 1992 o Brasil sediou dois eventos realizados conjuntamente no Rio de Janeiro conhecidos como ECO-92, abrangendo a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e o Fórum Global das ONG's, sendo marcada pelo envolvimento de um número ainda maior de participantes se comparada à conferência realizada 20 anos mais cedo na Suécia. Significou o fim da bipolaridade e a possibilidade da efetivação de políticas globais de proteção ao meio ambiente, pois se deu em período posterior à queda do muro de Berlim e, conseqüentemente, do comunismo soviético. Dela se originaram documentos muito importantes como a Agenda 21, a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e o

⁸ Considera-se como irracionalidade a racionalidade própria do capitalismo que, na busca desenfreada almejando lucro, necessitaria utilizar-se de um número cada vez maior de matéria-prima, deixando de se dar conta de que a mesma seria findável ou, mesmo sabendo desse relevante fato, acreditando de forma indubitável que essa exigüidade de bens somente se apresentaria em um momento longínquo.

⁹ A exemplo disso, o Brasil foi, na década de 70, um dos principais receptores das indústrias poluentes, sendo que durante o governo Médici chegou a fazer anúncios nos meio de comunicação dos países desenvolvidos convidando indústrias poluidoras a se transferirem para o Brasil onde não teriam qualquer gasto com equipamentos antipoluentes.

¹⁰ DUARTE, Marise da Costa. *Op. Cit.* p. 46.

Desenvolvimento, a Convenção Sobre Mudanças Climáticas, a Declaração de Princípios Sobre Florestas e, finalmente, a Convenção sobre a Biodiversidade, demonstrando por meio desses documentos a adição do componente de obrigatoriedade das normas relativas ao meio ambiente até então inexistente.

Cinco anos mais tarde foi realizado um novo encontro na mesma cidade sede para que fossem avaliados os avanços na área decorrentes daquilo que havia sido deliberado na Eco-92, contudo restou comprovado que praticamente a Agenda 21 não teria saído do papel, permanecendo pendente a busca por um desenvolvimento sustentável. No mesmo ano realizou-se no Japão um encontro para tratar das mudanças climáticas, resultando no Protocolo de Kioto através do qual alguns países industrializados se comprometeram a reduzir suas emissões de gases do efeito estufa.

Com o mesmo intuito do Rio + 5, foi realizado outro encontro no ano de 2002 em Johannesburgo, denominado de Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável, popularmente conhecido como Rio + 10, demonstrando novamente que, embora tenham aumentado as ações voltadas ao meio ambiente, ainda se está longe da implementação dos objetivos e diretrizes estabelecidos.

No Brasil, de acordo com os ensinamentos de SIRVINSKAS¹¹, a proteção jurídica do meio ambiente pode ser dividida em três períodos¹², o primeiro compreendido entre o descobrimento do Brasil em 1500 até 1808 com a chegada da família real, havendo algumas normas isoladas que buscavam proteger os recursos naturais que rareavam como o Pau-Brasil. A partir desse momento até 1981, com a criação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, entende como o segundo período, caracterizado pela grande exploração do ambiente, havendo preocupações pontuais com relação a este, tutelando apenas aquilo que tivesse

¹¹ SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 18-21.

¹² Flávia Oliveira e Flávio Guimarães (*Op. Cit.* p. 23) também fazem essa divisão da evolução da proteção ambiental no país em três períodos, contudo o fazem de forma distinta sendo que o primeiro período se estenderia até 1981, compreendendo um aumento da percepção da realidade ambiental pela sociedade. A segunda fase compreenderia o período entre 1982 e 1985, abrangendo a expansão quantitativa e qualitativa dos movimentos socioambientais e, a partir de 1986 teria início a terceira fase caracterizada pela politização da ecologia através da criação do Partido Verde, influenciando o processo constituinte para inserir no texto da Constituição disposições acerca de sua proteção.

interesse econômico e, a partir de então e sem previsão de término, com a criação da referida lei, inicia-se um período a que o autor denomina “fase holística”, buscando-se a proteção integral do meio ambiente através de um sistema integrado, contudo assevera que apenas em 1985 com a Lei n. 7347 que instituiu a Ação Civil Pública a defesa do meio ambiente foi fortalecida¹³.

O que se deve ter em mente é que a tutela do meio ambiente exige a análise de seu valor intrínseco e não apenas pela utilidade que os recursos naturais podem ter para o ser humano, devendo este ser visto como seu guardião e não como seu dono que pode utilizar-se do ambiente da forma que mais lhe convier. Neste sentido, importante se faz o surgimento do ramo jurídico que propicia a sua defesa e o conhecimento acerca de sua importância, qual seja, o Direito Ambiental.

1.2. A importância do surgimento e autonomia do Direito Ambiental

A preocupação com o meio ambiente suscitou o surgimento do Direito Ambiental, ramo extremamente recente em todos os países, dinâmico e diferente dos demais ramos do direito por preocupar-se com o futuro e não com o atingimento de situações pretéritas. Nesse sentido destaca Michel PRIEUR:

O direito do ambiente é constituído por um conjunto de regras jurídicas relativas à proteção da natureza e a luta contra as poluições. Ele se define em primeiro lugar pelo seu objeto. Mas é um Direito tendo uma finalidade, um objetivo: nosso sistema está ameaçado, o Direito deve poder vir em seu socorro, imaginando sistemas de prevenção ou de reparação adaptados a uma melhor defesa contra as agressões da sociedade moderna. Então o Direito do Ambiente mais do que a descrição do Direito existente é um Direito portador de uma mensagem, um Direito do futuro e da antecipação, graças ao qual o homem e a natureza encontrarão um relacionamento harmonioso e equilibrado¹⁴.

O estudo do meio ambiente teve origem em outras ciências que não o direito por ser um tema interdisciplinar, contudo foi este que o elevou à categoria de bens tutelados pelo ordenamento jurídico positivo, surgindo o Direito Ambiental

¹³ Entende-se que, após a criação da referida lei, o que consagrou a proteção do meio ambiente saudável foi a Constituição Federal de 1988, o que restará demonstrado mais adiante.

¹⁴ *Apud* DUARTE. *Op Cit.* p. 74.

da necessidade de formulação de novas categorias e releitura das normas vigentes para compatibilizar o direito à proteção do ambiente, questionando o modelo econômico e social que atenta com seu postulado básico, a sadia qualidade de vida a todos.

MUKAI¹⁵ demonstra como se deu o surgimento do Direito Ambiental em diversos países, contudo no Brasil, podemos dizer que o Direito Ambiental surge propriamente com o advento da Lei n. 6938/81¹⁶ pois até então sua proteção era feita de modo “mediato, indireto e reflexo, na medida em que ocorria apenas quando se prestava tutela a outros direitos”¹⁷, contudo apesar da existência de leis esparsas, somente em 1988 o bem jurídico foi elevado à categoria de valor constitucional.

A conceituação de Direito Ambiental passou por um processo evolutivo ao longo do tempo, sendo que sua melhora ampliou as considerações e dimensões dessa nova disciplina jurídica. Inicialmente os autores utilizaram-se da expressão Direito Ecológico, a exemplo de Sérgio Ferraz e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, contudo ANTUNES¹⁸ ressalva que a denominação não traria a completude do objeto de estudo pois há uma tendência em considerar a Ecologia apenas em relação ao meios naturais, não abarcando o meio ambiente cultural, o que se mostra com o termo ambiente, daí a nomenclatura Direito Ambiental¹⁹.

¹⁵ Toshio Mukai (**Direito ambiental**: sistematizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. pp. 131-139) estabelece como marco temporal inicial para os Estados Unidos o fim da década de 60¹⁵ e início da década de 70, indicando como marco legislativo a Lei de Política Ambiental de 1969. Na França, em 1971 iniciou-se o ensino deste ramo do Direito, mas destinava-se a um diploma pluridisciplinar e não propriamente jurídico, contudo seu interesse cresceu três anos mais tarde pela criação da Sociedade Francesa para o Direito Ambiental, integrando-se, no início dos anos 80, ao Direito Urbanístico e, posteriormente, a outros direitos, resultando no fato de que aparecendo integrado a todos os direitos, alguns acreditam na possibilidade de desaparecimento desse ramo do direito no país.

¹⁶ Antes de 1981, contudo, já existiam normas nacionais de proteção ao meio ambiente como a Lei n. 4771/65 alterada pela Lei n. 7803/89 que instituiu o Código Florestal, o decreto-lei 221/ 67 que instituiu o Código de Pesca e a Lei n. 6803/80 que dispôs acerca do estudo de impacto ambiental.

¹⁷ *Op. Cit.* p. 56.

¹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 5-6.

¹⁹ MUKAI (*Op. Cit.* p. 10) conceitua Direito Ambiental como “um conjunto de normas e institutos jurídicos pertencentes a vários ramos do direito reunidos por sua função instrumental para a disciplina do comportamento humano em relação ao seu meio ambiente”

GRAF dispõe acerca do objeto tratado por este ramo o Direito e afirma que a disciplina de apropriação da natureza não é exclusiva das normas ambientais pois, como já visto, tais normas existem desde a Antiguidade, contudo as normas do passado não podem ser consideradas como normas ambientais pois somente estas estabelecem “finalidades e objetivos de resguardar o patrimônio coletivo de toda a sociedade, pautados pela busca da sustentabilidade ecológica, econômica e social e, também, da qualidade de vida de todos e não apenas de um grupo ou de uma classe social”, ou seja, somente podem ser vistas como ambientais as normas posteriores ao diagnóstico de crise ecológica :

O Direito Ambiental não trata do meio ambiente, mas da regulamentação da produção que basta para a manutenção do equilíbrio da relação de dominação do ser humano sobre a natureza. O rompimento deste equilíbrio acarreta o risco de eliminar o próprio objeto desta relação -o meio ambiente- e que pode destruir o próprio dominador. A busca deste equilíbrio, dado o agravamento das condições ambientais, demanda uma mudança na relação do ser humano com a natureza, mudança que é orientada pelos valores positivados por meio do Direito. As normas ambientais surgem para modificar a relação do ser humano com a natureza, ao mesmo tempo reafirmando e modificando essa cultura de apropriação e de dominação, num movimento dialético²⁰.

No que tange à discussão acerca de sua autonomia podemos simplificá-la dizendo que um subsistema jurídico constitui disciplina autônoma das demais quando apresenta autonomia legislativa, didática e científica. SIRVINSKAS²¹ alude tal autonomia, contudo frisa que o Direito Ambiental não pode ser visto como autônomo com relação aos demais sistemas jurídicos pelo simples fato de formarem um sistema, integrando-se entre si.

Aqueles que negam a autonomia deste ramo²² alegam que as normas jurídicas ambientais estão distribuídas em legislações pertinentes a disciplinas

²⁰GRAF, Ana Cláudia Bento. **Biodiversidade**: possibilidades e limites de sua proteção jurídica. Curitiba, 2003. p. 112. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. .

²¹*Op. Cit.* p. 32.

²² Vasco Pereira da Silva (*Op. Cit.* pp.52-54) afirma ser indiscutível a autonomia didática do Direito Ambiental, embora negue a existência de sua autonomia científica em razão de ser uma “realidade multidisciplinar”, “uma disciplina horizontal – à semelhança de um jardim de condomínio -, que engloba um conjunto de matérias provenientes de diferentes ramos do ordenamento jurídico unificadas em razão da finalidade de preservação do ambiente, mas que não afasta o estudo mais detalhado de cada uma dessas questões ambientais, enquanto capítulo específico de um determinado ramo da ciência jurídica – tal como, continuando a usar a metáfora de há pouco, a existência do jardim comum não impede que os diferentes condôminos tenham os seus próprios

jurídicas distintas ou, ainda, por considerá-lo um problema comum a várias disciplinas.

Contudo tais teses podem ser refutadas pelo fato de existirem normas propriamente ambientais como a Lei n. 6938/81, Código das Águas, Código Florestal, etc que, apesar de não codificadas, demonstram sua autonomia legislativa e especialização da matéria. Pode também ser considerada autônoma didaticamente, pois, embora seu estudo ainda não seja obrigatório nos cursos jurídicos ele se mostra presente diante do fato de que, quando estudado dentro de outro ramo do Direito, impossível é a sua compreensão por sua extensão e especificidade. Ainda no que tange à autonomia científica, pode-se auferi-la observando a existência de princípios e institutos jurídicos próprios tais como o princípio do poluidor-pagador, da precaução, prevenção e o zoneamento ambiental, o estudo de impacto ambiental e o licenciamento ambiental²³.

MILARÉ²⁴ diz ser o Direito do Ambiente um “direito adulto”, porque conta com princípios, muitos dos quais com status constitucional, regras infraconstitucionais complexas e modernas, estrutura administrativa especializada e instrumentos eficazes de implementação, não havendo, pois, motivos para lhe negar autonomia. Entendemos ser de ANTUNES a melhor conclusão acerca do que seria o Direito Ambiental e por tal motivo reproduziremos:

Entendo que o Direito Ambiental pode ser definido como um direito que se desdobra em três vertentes fundamentais, que são constituídas pelo direito ao meio ambiente, direito sobre o meio ambiente e direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o Direito Ambiental é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais do que um direito autônomo, o Direito Ambiental é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do Direito. O Direito Ambiental, portanto, tem uma dimensão humana, uma

canteiros de flores, ou uma área ajardinada privativa”, argumentando ser a via mais eficaz para o progresso do Direito Ambiental, acrescentando ainda a realidade universitária europeia que atualmente conjuga o estudo da teoria geral do Direito do Ambiente com disciplinas mais especializadas como o Direito Constitucional do Ambiente, Direito Internacional do Ambiente, Direito Civil do Ambiente, entre outros.

²³ OLIVEIRA, Flávia de Paiva; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Direito, Meio Ambiente...** *Op. Cit.* pp. 34-38.

²⁴ MILARÉ, Édis. **Direito Ambiental**: um direito adulto. *Revista de Direito Ambiental*, n. 15, 1999. p.37 e 51.

dimensão ecológica e uma dimensão econômica que se devem harmonizar sob o conceito de desenvolvimento sustentado²⁵.

Deve-se frisar que, embora haja uma organicidade do Direito Ambiental, uma programação legislativa e principiológica por si só não responde aos anseios, sendo necessária que venha acompanhada ou que acarrete também uma mudança de valores.

1.3. O meio ambiente como macrobem

Em decorrência da importância dada ao estudo e proteção do meio ambiente por ser essencial à sadia qualidade de vida e não mais como instrumento utilizado pelo ser humano apenas com vistas ao seu desenvolvimento econômico, pode-se caracterizá-lo de imediato como um bem jurídico digno de proteção assim como todos os demais bens.

BENJAMIN fundamenta tal classificação explicando que o bem ambiental pode ser entendido como um macrobem e, em sendo assim, ocasiona o fato de que independentemente de sua titularidade, seu proprietário não pode dispor da sua qualidade de meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo desfrute necessariamente comunitário e destinando-se ao bem-estar individual. O autor ressalta a existência e a distinção entre os macro e os microbens, sendo estes os elementos que compõem o primeiro, referindo-se ele como coisas materiais²⁶:

Como bem – enxergado como verdadeiro *universitas corporalis*, é imaterial – não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida, etc) que o forma, manifestando-se ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental. Assim, o meio ambiente é bem, mas, como entidade, onde se destacam vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que à própria coisa. Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável²⁷.

²⁵ **Direito Ambiental...** *Op. Cit.* p.11.

²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. **Função Ambiental**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.(Coord.). **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993. p. 89.

²⁷ *Idem* p. 75.

O art. 3º, I da Lei n. 6938/81²⁸ preceitua o meio ambiente como um macrobem, bens reunidos que vão compor uma individualidade própria e autônoma que não se confunde com as partes que os compõem e, em assim sendo, em seu conjunto são tratados como bens de interesse público, independentemente da titularidade dos microbens que lhe são inerentes.

Sendo um bem, resta a demonstração de como os bens jurídicos são regulados pelo direito privado e, também, se há alguma regulação específica no que tange aos bens ambientais pelo fato destes pertencerem a toda uma coletividade, alcançando sua natureza jurídica mais adiante.

²⁸ O referido artigo assim prevê: “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL

“Our proverbs want rewriting. They were made in winter, and it is summer now²⁹”

Personagem Lord Henry Wotton de Oscar Wilde. *The picture of Dorian Gray*.

2.1. Os bens jurídicos: *o bem ambiental como res nullius*

Para iniciar o estudo acerca dos bens é oportuno evidenciar a lição de MONTEIRO, o qual ensina que a palavra “bem” pode receber vários sentidos, distinguindo-se o significado jurídico do filosófico:

Filosoficamente, bem é tudo quanto pode proporcionar ao homem qualquer satisfação. Nesse sentido se diz que a saúde é um bem, que a amizade é um bem, que Deus é o sumo bem.

(...)

Juridicamente falando, bens são valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito. Vocábulo, que é amplo no seu significado, abrange coisas corpóreas e incorpóreas, coisas materiais ou imponderáveis, fatos e abstenções humanas³⁰.

O Código Civil de 2002 trata dos bens em seu Livro II, abrangendo as classificações de bens imóveis, móveis, fungíveis e consumíveis, divisíveis, singulares e coletivos e, finalmente, dos bens públicos³¹, estes abrangendo as categorias de bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais³². Todavia é importante limitar o campo deste estudo, focando-o nos conceitos tradicionais trazidos pela doutrina pátria sobre os bens para, posteriormente, analisar-se a classificação civilística tradicional que trata dos bens ambientais como *res nullius*.

²⁹ “Nossos provérbios precisam ser revistos. Eles foram feitos no inverno, e agora é verão”. (tradução nossa).

³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, v.1:** parte geral 39. ed. rev.e atual. Por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 168.

³¹ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, artigos 79 a 103.

³² Vide capítulo 4.3 que trata da titularidade dos bens ambientais.

Dessa forma, inicia-se o estudo com o pensamento de RODRIGUES³³ que considera bens coisas que, por serem úteis ao homem, são por ele apropriadas de forma individual, contudo ressalva que não podem ser consideradas como bens coisas úteis existentes em abundância na natureza, pois não haverá necessidade de armazenamento ou de regulação por norma jurídica, exemplificando com o ar atmosférico.

Compartilhando da idéia, mas utilizando-se de fundamentação diversa para demonstrar o pensamento civilístico mais tradicional³⁴ acerca dos bens, BEVILAQUA assim dispõe:

É um conceito mais amplo do que de coisa³⁵. Esta no dizer magistral de TEIXEIRA DE FREITAS (Esboço, art. 317), é 'todo objecto material susceptível de medida de valor'. São os objectos corporaes, segundo preceitua o Código Civil allemão, art. 90. Ao lado das coisas e dos bens econômicos, outros há de ordem moral, inapreciáveis como a vida, a liberdade, a honra, e os que constituem objectos de direitos de família puros. Os bens econômicos formam o nosso patrimônio (art. 57). Os bens não econômicos são irradiações da personalidade, que, por não serem susceptíveis de medida de valor, não fazem parte do nosso patrimônio³⁶.

O Direito Civil tradicional distingue coisas e bens e, dentre elas, o que mais se aproximaria daquilo que se protege através do Direito Ambiental seria considerado como coisa sem dono ou coisa comum (*res nullius e res communes*, respectivamente), algo distinto do conceito de bem que, para AMARAL, seria "tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico como objeto de direito". Ainda segundo o mesmo autor o que transformaria as coisas em bens seria o valor a elas atribuído mediante a utilidade e possibilidade de apropriação,

³³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – parte geral. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.115.

³⁴ No mesmo sentido Washington de Barros Monteiro (*Op. Cit.* p. 169) assim dispõe: "Coisas e bens econômicos constituem o patrimônio da pessoa, natural ou jurídica. Mas, para que possam integrá-lo preciso e sejam economicamente apreciáveis, idôneos a estimação pecuniária. Se não são suscetíveis de aferição monetária, escapam ao raio de ação do direito. O dinheiro é, por assim dizer, seu denominador comum. Além desses bens, outros existem ainda, de ordem moral e economicamente inapreciáveis, como a vida, a honra, a liberdade, a defesa e o nome. Esses bens não econômicos constituem prolongamentos, emanações da personalidade natural e não entram, nem podem entrar, na formação do patrimônio, porque não comportam estimação pecuniária".

³⁵ Em sentido contrário, Silvio Rodrigues (*Op Cit.* p. 116) considera coisa o gênero e bem a sua espécie, diferindo-se esta pela idéia de valor econômico ligado a sua utilidade ou raridade..

³⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Rio – Sociedade Cultural, 1979. p. 269.

mas acrescenta que “o conceito de bem é histórico e relativo. Histórico, porque a idéia de utilidade tem variado de acordo com as diversas épocas da cultura humana, e relativo porque tal variação se verifica em face das necessidades diversas por que o homem tem passado”³⁷.

Essa noção jurídica a respeito de bens e patrimônio, com o passar do tempo e em decorrência das novas exigências sociais, sofreu significativa alteração, tanto o é que a Constituição Federal de 1988 faz referência aos patrimônios histórico, artístico, cultural, paisagístico e, inclusive, genético³⁸. Conforme ensina PIVA “São bens jurídicos que não se vinculam aos sujeitos de direito por conta de suas apreciações econômicas, mas sim da identidade dos interessados, da sua qualidade de vida, do seu bem estar e assim por diante”³⁹.

Seguindo esta linha de raciocínio mais atual, Orlando Gomes refuta a idéia de imprescindibilidade da aferição econômica de bem para que seja assim considerado:

A noção jurídica de bem é mais ampla do que a econômica. Compreende toda utilidade, material ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito. Abrange as coisas propriamente ditas, suscetíveis de apreciação pecuniária, e as que não comportam essa avaliação, as que têm natureza corpórea, ou não. Todo bem econômico é jurídico, mas a recíproca não é verdadeira, pois, nem todo bem jurídico é econômico⁴⁰.

A idéia de valor é preponderante quando se trata dos bens jurídicos em geral, contudo, o que se observa hoje é o dever de ampliação desse entendimento, considerando valor não aquele expressível em dinheiro, mas sim aquele que se liga à noção de bem de vida e, neste sentido, faz-se possível inserir os bens ambientais nesse conceito⁴¹.

³⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 309.

³⁸ Podemos citar como exemplos o que dispõe os artigos 216 e 225, §1º, II da CF: art. 216. “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência a identidade, a ação, a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...)”. Art. 225 §1º, II: “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

³⁹ PIVA, Rui Carvalho. **Bem Ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 99.

⁴⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 199.

⁴¹ PIVA, Rui Carvalho. *Op. Cit.* p. 113.

Importante se faz a definição de bens ambientais como bens jurídicos, pois se demonstra uma superação na visão de direito abstrato ao meio ambiente, passando a considerá-lo como um direito concreto caracterizado pela dependência do objeto de direito ao seu titular.

Contudo, para que seja possível considerar-se de tal forma os bens ambientais, imprescindível se mostra a superação da idéia culturalmente imposta ao longo dos anos de que o patrimônio é algo que representa uma apropriação individual, um vínculo jurídico que se estabelece entre uma pessoa e um bem⁴² e é nesse sentido que surgem os chamados direitos difusos, que serão analisados com mais profundidade na seqüência do trabalho, trazendo a idéia de vínculos jurídicos formados entre pessoas indeterminadas e bens de uso comum.

PERLINGIERI aduz que a principal razão para desconsiderar certos bens como jurídicos seria a falta de possibilidade de gozo de forma exclusiva dos mesmos e justifica o porquê de sua discordância com tal fundamento “(...) apresenta-se um correlação necessária entre bem, coisa e direitos sobre a coisa, entre bem e regime de pertinência (appartenenza) proprietária, quando, na verdade, a noção de bem postula a sua idoneidade para ser ‘objeto de direitos’, vale dizer, objeto de uma situação subjetiva ativa; e já não somente de direitos exclusivos, em termos de propriedade” e continua citando como exemplo a paisagem:

(...) é certamente um bem jurídico e constitucionalmente relevante, apesar disso, não é configurável um gozo exclusivo e como objeto do direito subjetivo deste ou daquele. A relevância de um bem é dada não somente pela titularidade do interesse na qual se substancia e na proteção reservada ao titular, mas também pela tutela do bem reservada a terceiros qualificados que recebem de qualquer modo uma utilidade, não necessariamente econômica, da sua conservação. Nesta perspectiva, deve ser

⁴² Vasco Pereira da Silva (*Op. Cit.* p. 95), neste sentido, assim dispõe: “Ora, uma tal consideração assenta, a meu ver, num erro de perspectiva, pois não é o bem “ambiente”, de natureza colectiva ou pública, que é apropriável, antes de trata de considerar que tal bem pode dar origem a relações jurídicas, em que existem concretos direitos e deveres, decorrentes da sua fruição individual. Porque uma coisa é a tutela objectiva do bem ambiente, outra coisa é a protecção jurídica subjectiva ambiental, decorrente da existência de um domínio individual constitucionalmente protegido de fruição ambiental, que protege o seu titular de agressões ilegais provenientes de entidades públicas (e privadas)”.

completamente revistada a opinião ainda hoje difusa da irrelevância jurídica das chamadas *res communes omnium* ou das *res nullius*⁴³.

A doutrina tradicional considera como *res nullius* todas as coisas sem valor, mas importantes se apresentam as idéias de MIRANDA⁴⁴ que diz haver propriedade de coisas sem valor ou até mesmo de valor negativo, neste caso, pelo custo decorrente de sua guarda, demonstrando que as coisas fora do comércio⁴⁵ são insuscetíveis de apropriação e inalienáveis por disposição legal e com isso concluindo que as *res nullius* não são coisas fora do comércio mas sim, estão fora dele, podendo voltar a qualquer momento, entendendo ele serem, efetivamente fora do comércio, apenas as coisas legalmente inalienáveis e os bens públicos.

Esta visão civilística classifica como coisa de ninguém o meio ambiente, contudo deve ser refutada, devendo ser efetivamente considerado como um bem jurídico⁴⁶, o que se extrai da lição de OLIVEIRA e GUIMARÃES:

É certo que não se pode valorar monetariamente os bens ambientais com o objetivo de colocá-los no comércio, mas é possível, por exemplo, atribuir-lhes valores pecuniários por meio de sanções penais (Lei n. 9605/98), para evitar que o degradador ambiental fique impune pela lesão cometida. É possível, também, aferir monetariamente, por meio de Ação Civil Pública, a lesão causada ao ambiente, a fim de responsabilizar civilmente o agente causador, impondo-lhe uma condenação em dinheiro nas situações em que não seja possível a reconstituição do bem ao status quo ante.

Desse modo, é certo que o meio ambiente não pode ser objeto de comércio, estando, pois, na categoria das coisas fora do comércio, visto que é insuscetível de apropriação individual. Isso, não obstante, não lhe retira o caráter de bem jurídico⁴⁷.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. pp. 235-236.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000. pp. 53-55.

⁴⁵ Classificação utilizada no Código Civil de 1916 pelo artigo 69 que assim dispõe: “São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis”, não sendo contemplado pelo Código atual.

⁴⁶ De forma semelhante, mas utilizando-se de pressuposto diferente, CORREA cita Salvatore PATTI (*Apud* CORREA, Elizeu de Moraes. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. Curitiba, 1989. p.80. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná) que acredita que o que determinaria o interesse do direito por certo bem seriam a utilidade e a escassez do mesmo e, a partir disso, ensina: “No que concerne ao ambiente, o problema se configura sobretudo em termos de escassez e períodos de escassez”, dizendo que o que determinaria o interesse do direito pelo ambiente seria a progressiva rarefação de alguns bens.

⁴⁷ *Op. Cit.* pp. 50 e 51.

Neste sentido também entendeu o constituinte ao classificar os bens ambientais como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” no artigo 225 da Constituição Federal. Sendo assim, não é possível considerar os bens ambientais como *res nullius*, pois um bem pertencente a toda a coletividade, como se verá com maior profundidade mais adiante, não pode de forma alguma ser comercializado ou apropriado por uma pessoa de forma singular⁴⁸, o que enseja uma pesquisa mais aprofundada de sua natureza jurídica para que seja classificado de forma mais apropriada.

2.2. O processo de descodificação

O liberalismo jurídico surge no século XIX a partir da busca pelo rompimento com o regime absolutista e seus privilégios de classe e traz consigo idéias de igualdade⁴⁹, autonomia da vontade e iniciativa privada. Como bem aduz RAMOS, idéias de “completude e unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a neutralidade das normas com relação a seu conteúdo, e a concepção de homem como sujeito abstrato, como os postulados fundamentais do Estado de Direito”⁵⁰.

Essa alteração nas bases do direito deu origem às primeiras codificações, instrumentos pelos quais determinadas normas eram organizadas em conjunto, trazendo soluções abstratas a partir de generalidades e recebendo o status de lei maior suficiente para regular toda a vida da sociedade, iniciando-se pelo Código Napoleônico e sendo adotado no país em 1916 com o Código Civil.

Baseado no individualismo-capitalista, o referido modelo foi superado no curso do século XX devido à ocorrência de certos fatos históricos como os

⁴⁸ Neste sentido, Maria Helena Diniz (**Curso de Direito Civil Brasileiro, v.1:** teoria geral do direito civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 305) exemplifica como bens inapropriáveis por sua natureza inexaurível o ar, o mar alto e a luz solar, contudo faz a ressalva de que sua captação por aparelhagem visando atender finalidades específicas pode, neste caso, ser comercializada.

⁴⁹ Ainda neste período, a igualdade era buscada apenas em seu sentido formal tendo em vista que, materialmente, somente passou a ser reivindicada e protegida com o surgimento do Estado Social.

⁵⁰ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4.

movimentos sociais, o processo de industrialização, a Revolução Russa de 1917 e Primeira Guerra Mundial, por mostrar-se insuficiente para abranger a realidade em sua completude, pois as codificações faziam prevalecer em seu interior “valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade da pessoa humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial”⁵¹.

Demonstrando tal ausência de previsão de muitos fatos sociais por parte dos Códigos, principalmente em virtude da alteração das estruturas sociais em um certo período de tempo, FACHIN⁵² aduz de forma ímpar:

Apesar de os sistemas de Direito se proporem como intrínsecos à realidade, e sobre esta terem a pretensão de dar luminosidade a alguns fatos e atos de relevância jurídica, acabam por não se debruçar sobre os demais atos e fatos sociais, e, quando o fazem, procuram enquadrar esta situação juridicamente não definida nos modelos estáticos de definição preexistentes. O Direito, nesse sentido, opera um corte epistemológico, ou seja, coopta os fatos da realidade que lhe interessam, situação esta que acaba por excluir diversas outras nuances das relações, pois não as reconhece no seu corpo normativo e, quando o faz, força a definição das mesmas, enquadrando-as de acordo com os conceitos presentes no sistema normativo vigente.

O Estado Social⁵³, que nascia neste período, fez com que surgisse um novo direito, diferentemente do modelo anterior, tendo em vista que não mais podia permanecer inerte às demandas populares, simplesmente garantindo as regras anteriormente estipuladas, e passa a buscar previsões legais específicas sobre temas determinados através de estatutos especiais⁵⁴, marcando uma inovação no século XX e provocando, de acordo com RAMOS “uma verdadeira descentralização do sistema de direito privado”⁵⁵.

⁵¹ *Idem* p. 5.

⁵² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.37.

⁵³ Vide capítulo 4.7 acerca do bem ambiental como direito humano fundamental que trata largamente da evolução da proteção estatal e do surgimento do Estado Social.

⁵⁴ Ronaldo Gatti de Albuquerque (**Constituição e Codificação: a dinâmica atual do binômio**. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organiz.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp.76-77.) demonstra que alguns doutrinadores italianos como Natalino Irti, Michele Giorgianni, Franco Piga e Piero Schlesinger, percebendo a realidade, alertaram para o surgimento do que chamaram de “Era da Decodificação”.

⁵⁵ *Op. Cit.* p. 7.

Neste sentido, GOMES⁵⁶ sustenta que os códigos expressaram política e culturalmente uma época já ultrapassada e que as leis esparsas demonstrariam prescindibilidade da unificação das previsões legislativas e, conseqüentemente, a desnecessidade da busca por uma recodificação⁵⁷, tendo em vista que uma reforma da estrutura e previsões codificadas apenas serviriam para a comprovação da incompatibilidade existente entre a autonomia dos microssistemas e a unidade sistemática dos códigos.

TEPEDINO demonstra claramente como ocorre no país essa alteração, passando a considerar-se a legislação codificada, até então tida por exclusiva, como lei comum, apresentando-se, ao lado dela, normas especiais e, portanto, prevalentes, as leis extravagantes:

Tal situação, no entanto, foi pouco a pouco sendo alterada, pela insofismável necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes, bem como em razão das inúmeras situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica e simplesmente não alvitadas pelo Código Civil. Assim é que se contabiliza, a partir dos anos 30, no Brasil, robusto contingente de leis extravagantes que, por sua abrangência, já não se compadeceriam com o pretendido caráter excepcional, na imagem anterior que retratava uma espécie de lapso esporádico na completude monolítica do Código Civil. Cuida-se de uma sucessão de leis que disciplinam, sem qualquer caráter emergencial ou conjuntural, matérias não previstas pelo codificador⁵⁸.

E segue em seu raciocínio:

Com as modificações aqui relatadas, vislumbrou-se o chamado polissistema, onde gravitariam universos isolados, que normatizariam inteiras matérias a prescindir do Código Civil. Tais universos legislativos foram identificados pela mencionada doutrina

⁵⁶ GOMES, Orlando. **A caminho dos microssistemas**. In: Estudos jurídicos em homenagem ao prof. Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. pp. 116 e ss.

⁵⁷ Os estudos que rejeitam a recodificação datam dos anos 70 e 80, estando hoje o movimento de recodificação em larga evolução, tanto o é que se busca efetivar a unificação das legislações ambientais em um único "Código Ambiental", em decorrência da proliferação e dispersão de textos normativos que dificultam a harmonização e sistematização deste ramo do Direito, inclusive já tendo sido apresentado um projeto deste Código na Alemanha em 1997 após cinco anos de trabalho de uma comissão de especialistas no tema. Contudo, de acordo com Vasco Pereira da Silva (*Op. Cit.* p. 40 e 41) parece impossível e indesejável a codificação das normas ambientais dada a sua natureza multidisciplinar, a grande amplitude dos domínios abarcados por este ramo jurídico e, ainda, pelo fato de ser uma realidade jurídica nova e em permanente evolução, não se coaduna com as idéias de completude e imutabilidade existentes até então com relação aos códigos, sendo possível apenas inserir-se no nascente conceito de codificações abertas, assumidamente incompletas e sujeitas a periódicas revisões.

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 5.

como microssistemas, que funcionariam com inteira independência temática, a despeito dos princípios do Código Civil. O Código Civil passaria, portanto, a ter uma função meramente residual, aplicável tão-somente em relação às matérias não reguladas pelas leis especiais⁵⁹.

Diante de todo o exposto, pode-se inferir que o surgimento dos microssistemas ou leis especiais permitiu a oxigenação do sistema até então inflexível às mudanças sociais sob o fundamento principal da garantia da segurança jurídica, contudo, além desta, o direito também deve instrumentalizar a justiça e, neste sentido, ALBUQUERQUE, propõe que um sistema jurídico deve ser “pensado, aplicado e interpretado como ordem de referência relativa, sensível à interpenetração de fatos e valores externos, consubstanciando permanente discussão de problemas concretos”⁶⁰, sendo neste contexto que aparece a proteção do Direito Ambiental e as conseqüentes limitações aos direitos individuais exigidas para sua efetiva proteção, pelo menos até o surgimento da Carta Constitucional de 1988, tema este a ser amplamente discutido logo a seguir.

2.3. A ruptura do paradigma público / privado

No mesmo período em que, como há pouco se demonstrou, buscava-se a primazia da segurança jurídica e da autonomia privada mediante a mínima intervenção estatal e da concepção de completude do direito que se inseria em sua totalidade nas codificações, havia uma rígida separação entre o Direito Público e o Direito Privado, tanto que, como afirma TEPEDINO “Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral do direito”⁶¹.

Contudo, nos dias atuais, também em virtude da evolução do Direito Civil, decorrente dos processos de descodificação, constitucionalização e

⁵⁹ *Idem* p. 12.

⁶⁰ *Op.Cit.* p. 82.

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 3.

repersonalização⁶² e, ainda, do surgimento da proteção aos direitos coletivos, não se pode mais pensar em um ramo do direito estanque às mudanças e exigências da sociedade, tendo em vista que as relações sociais em si mesmas não são limitadas em ramos previamente determinados como se pretendeu até então fazer no direito, ou seja, não é possível limitar o estudo do Direito Civil apenas às relações privadas pois isso limitaria a percepção da realidade.

ARONNE⁶³, neste campo de estudo, esclarece que essa separação teve origem no liberalismo e tinha por escopo assegurar a noção da propriedade como direito absoluto e inerente à personalidade dos indivíduos, não podendo, por este motivo, sofrer qualquer tipo de intervenção estatal, ocorrendo isso para a efetiva manutenção do *status quo*. Contudo, esse pensamento teria sido superado pelo Estado Social que entende que o indivíduo está inserido em um conjunto social e, por tal, seus interesses devem ser relativizados para que sejam protegidos os interesses de toda a coletividade e conclui dizendo que “o Estado social eliminou o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social, e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados tanto no que se considerava direito público, quanto no direito privado”.

Essa alteração nas bases do direito como um todo, são bem percebidas e expressadas por LUDWIG⁶⁴:

A mudança da ética individual da vontade e da liberdade para uma ética social da responsabilidade solidária demonstra que, a partir daí, não só o poder público mas também a sociedade responde pela existência social de cada um de seus membros: a consecução dos fins de interesse geral não é competência exclusiva do poder público, mas se harmoniza em uma ação mútua Estado-sociedade, que transpõe a dicotomia público e privado.

⁶² Temas estes abordados respectivamente nos tópicos anterior e seguinte a este.

⁶³ ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: (das raízes aos fundamentos contemporâneos). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 87-92.

⁶⁴ LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito Público e Direito Privado**: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.) A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 179.

E continua afirmando que “é a visão dicotômica do direito que o separa em direito público e privado, e não como um todo globalizado, em que há fachos de maior ou menor influência da autonomia privada ou do interesse público, que impede esse adequado manejo das normas jusfundamentais”⁶⁵.

O que se verifica nos dias atuais é a publicização do Direito Privado pela possibilidade de intervenção estatal nos campos tipicamente privados e também a privatização do Direito Público por meio da participação popular no campo da Administração Pública, ou seja, abandona-se a inflexível dicotomia existente entre direito público e privado, contudo se mostra ainda possível sua distinção em virtude de seu interesse prevalente. Nesse sentido, WOLKMER⁶⁶ aduz que “Uma perspectiva interdisciplinar revela que a inter-relação fragmentada do legal não é mais vista como anárquica e que é perfeitamente admissível viver num mundo de juridicidade policêntrica”.

TEPEDINO⁶⁷ alerta que a possibilidade de intervenção do Estado nas relações privadas não significa uma prevalência do Direito Público em relação ao Direito Privado mas sim, tem por escopo o revigoreamento dos institutos do Direito Civil a partir da interpretação constitucional, para que acompanhe a realidade social, mantendo-se os mesmos incólumes e ainda mais fortes por abarcar princípios constitucionais e por eles regular as relações privadas.

A ruptura da dicotomia entre o público e o privado é sentida principalmente após a promulgação da Carta Constitucional de 1988 pois, até então, como já se demonstrou, eram essa e o Código Civil, diplomas legais incomunicáveis e, a partir desse momento, em razão dos princípios estarem alocados na Constituição, o individualismo do Código é atenuado e entre eles passa a existir complementaridade. Exemplo disso é a vinculação hoje existente entre o direito de propriedade e a necessidade de cumprimento de sua função social⁶⁸, prevista tanto na codificação civil como também na Constituição pátria.

⁶⁵ *Idem.* p. 199.

⁶⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 322.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de ... Op. Cit.** p. 21.

⁶⁸ Vide capítulo 3.3 que discorre acerca da função sócio-ambiental da propriedade privada.

Diante de todo o exposto, resta neste momento discorrer acerca dos motivos que levaram a essa alteração na percepção do Código Civil com o surgimento da Constituição em vigor, movimento esse que recebeu a adjetivação de “Direito Civil Constitucional”, ocorrida principalmente para que o sistema jurídico fosse capaz de dar respostas às reivindicações e mudanças sociais.

2.4. A constitucionalização do Direito Civil⁶⁹

Faz-se importante frisar que com a chamada “publicização do Direito Privado” e mesmo com o processo de descodificação que descentraliza o sistema jurídico civil, deve o mesmo ser pensado de forma unitária, representando o somatório de ordenamentos do caso concreto, implicando a necessidade de hierarquização das normas, tendo por norma máxima a Constituição Federal, esta congregando valores e princípios centrais a todo o ordenamento.

RAMOS demonstra claramente o momento histórico em que surge o Código Civil de 1916 e, conseqüentemente, a necessidade de alteração da forma de proteção de certos direitos que se mantiveram inalterados diante das mudanças econômicas e sociais ocorridas durante o século XX⁷⁰, o que se dá com a Constituição Federal de 1988:

Este sentido protecionista e solidarista – voltado para uma realidade sócio-econômica diversificada, de vida predominantemente urbana, em contradição com a vivência rural

⁶⁹ Inicialmente cumpre destacar que a doutrina utiliza-se das nomenclaturas “constitucionalização do direito civil” ou “direito civil constitucional” para tratar da matéria, contudo escolhemos a primeira denominação em decorrência do que expõe Gabriel Menna Barreto Von Gehlen (**O chamado direito civil constitucional**. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organiz.) A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 184): “...a locução “direito civil constitucional” é um tanto equívoca, a medida que conduz a idéia de um possível direito civil inconstitucional, o que é obviamente um contra-senso. Afinal, desde Marshall e a supremacia da Constituição, o direito *tem de ser constitucional*, caso contrário ou será nulo ou inexistente, conforme se adote uma ou outra teoria a respeito do fenômeno de inconstitucionalidade: se nem sequer direito é, muito menos adjetivado de civil será (...) Talvez, melhor ainda, adotar “constitucionalização do direito...”, para marcar o caráter dinâmico do processo, sobre o qual ainda não se tem conclusões definitivas, gozando ainda do mérito de desviar a incoerência terminológica.”

⁷⁰ No mesmo sentido, Ricardo Aronne (**Por uma nova hermenêutica ...Op. Cit.** p. 105) aduz: “A alteração das bases axiológicas do Direito Civil, do individualismo patrimonialista para o solidarismo *repersonalista*, perfaz o divisor de águas entre clássico e o contemporâneo”.

prevalente à época da edição do código, realidade na qual subsiste a predominância da economia empresarial sobre o capitalista-indivíduo de outrora, momento em que o desenvolvimento social se torna desejável, senão obrigatório, para inserir o país num sistema global, ao qual necessariamente se vincula pelos novos mecanismos econômicos e pelos meios de comunicação – operou-se através a manifestação de forças antagônicas reunidas em assembléia constituinte, que conseguiram delinear, no texto constitucional, elementos dessa evolução, adequando as categorias jurídicas tradicionais às atuais exigências sócio-econômico-culturais brasileiras, se não efetivamente, pela fragilidade dos mecanismos existentes para sua operacionalização, pelo menos no texto da lei maior⁷¹.

Mesmo com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, teoricamente abrangendo as inovações trazidas pela Carta Constitucional por ser a ela posterior, não se verifica essa inter-relação entre os institutos pois o projeto do Código data da década de 70, período este anterior a Constituição, como bem assevera TEPEDINO:

O Código projetado peca, a rigor, duplamente: do ponto de vista técnico, desconhece as profundas alterações trazidas pela Carta de 1988, pela robusta legislação especial e, sobretudo, pela rica jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década. Demais disso, procurando ser neutro e abstrato em sua dimensão axiológica, como ditava a cartilha das codificações dos Séculos XVIII e XIX, reinstitui, purificada, a técnica regulamentar⁷².

A constitucionalização do Direito Civil constitui-se na interpretação das normas inseridas no Código de acordo com os princípios e valores abarcados na Constituição⁷³, protegendo além dos interesses e direitos individuais, a dignidade da pessoa humana e o próprio Estado Democrático de Direito⁷⁴, valores

⁷¹ *Op. Cit.* pp. 9-10.

⁷² TEPEDINO, Gustavo. **Problemas ...** *Op. Cit.* p. 9.

⁷³ Nesta perspectiva, Gustavo Tepedino (**Temas de ...** pp.17 e 18) sugere ao intérprete uma nova visão acerca da Constituição, “preconceitos que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional”. Primeiramente abandonando-se a idéia de princípios constitucionais como princípios políticos por ter como característica primordial a unificação das normas, inclusive abarcando aquelas de direito privado. Também não podem ser vistas como princípios gerais do direito pois estes encontram-se implícitos na legislação e essa visão conduziria à inobservância da hierarquia normativa e conseqüente privilegiamento de leis ordinárias. Finalmente, o intérprete deve abandonar a tradição civilística de previsão casuística, passando a se utilizar das cláusulas gerais que possibilitam o acompanhamento da evolução social.

⁷⁴ Art. 1º, III da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana;”

primordiais do direito na atualidade, pois a norma máxima do ordenamento jurídico exige conformidade de todas as normas hierarquicamente inferiores⁷⁵.

MATTIETTO, com uma boa percepção do fenômeno e tendo posicionamento doutrinariamente não uniforme⁷⁶, afirma:

Não se confunda, com a expressão direito civil constitucional, a designação do conjunto de dispositivos sobre os institutos civilísticos tradicionais, como a propriedade, a família e a empresa, que recebem tratamento específico no texto da Constituição. Direito civil constitucional é o direito civil como um todo, já que não há como divisar nenhuma parte do direito civil que fique imune a incidência dos valores e princípios constitucionais. Logo, não só os institutos que receberam previsão constitucional compõem o direito civil constitucional, mas a inteira disciplina civilística, nesse juízo renovado⁷⁷.

Conclui ALBUQUERQUE que “um código flexível, informado pelas diretrizes constitucionais, capaz de dar fluidez necessária aos regramentos da Lei Fundamental, permite não somente a sobrevivência desses estatutos como também a superação definitiva do antagonismo histórico que marcou a sua relação com a Constituição”⁷⁸.

Carece de atenção neste momento o fato de que a constitucionalização do direito civil acarreta também sua publicização e, conseqüentemente, sua repersonalização⁷⁹, principalmente no que tange aos direitos reais limitados, deixando estes de ter tratamento individualista para albergar necessidades sociais e ambientais decorrentes da contemporaneidade, a exemplo do que se apresenta com a inclusão da função social da propriedade constante do texto constitucional. Neste diapasão, ARONNE ensina que:

⁷⁵ De forma semelhante, Gustavo Tepedino (**Temas de ... Op. Cit.** p. 22) afirma que a constitucionalização não se trata de mera adjetivação ao direito civil mantendo-se este inalterado, mas sim “de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva(...)”

⁷⁶ Em sentido contrário, Francisco Amaral (**Direito Civil: introdução.** 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 155.) afirma que “Na verdade, o direito civil constitucional é materialmente direito civil contido na Constituição e só formalmente direito constitucional”.

⁷⁷ MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos.** In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) Problemas de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 170.

⁷⁸ *Op.Cit.* p. 84.

⁷⁹ Ricardo Aronne (**Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 41) conceitua o fenômeno da repersonalização como o “deslocamento do enfoque dos códigos do patrimônio para a pessoa humana”.

Contrariamente a uma teoria geral, sempre reducionista, a postura principiológica do operador moderno, congruente com a metodologia adotada, conduz à necessidade de um domínio dos princípios que conformam os direitos reais. Sem isso, resta deficitária a própria compreensão adequada das regras do Código, Estatuto da Terra, Lei dos Direitos Autorais, Lei de Proteção Ambiental e todas as demais que os concretizam. Não é a parte geral do Código Civil que norteará a leitura dos direitos reais limitados e sim os princípios jurídicos dos quais eles decorrem, em harmonia com os que densificam em incidência tópica; o que implica completa releitura das normas do Código, em face das bases axiológicas contemporâneas de sentido completamente distintas das observadas no início do século⁸⁰.

Portanto, já demonstrada a necessidade de interpretação das normas privadas de acordo com as previsões constitucionais, cabe analisar como se deu o tratamento do meio ambiente pela Carta Magna para que seja possível avaliar se este tratamento manteve-se intacto ou sofreu alterações quanto à natureza dos bens ambientais, considerados até então como *res nullius*⁸¹.

⁸⁰ ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica...** p. 104.

⁸¹ Vide capítulo 2.1 acerca do bem ambiental como *res nullius*.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

...cada ato legislativo, ou de vontade diretiva ou normativa, deve também e especialmente ser avaliado objetivamente em virtude das conseqüências fatuais que poderá acarretar; (...) qualquer indivíduo que prescindir de uma vontade coletiva e não procure criá-la, ampliá-la, reforçá-la, organizá-la, é simplesmente um desorientado, um “profeta desarmado”, um fogo-fátuo.

Gramsci

3.1. A previsão de proteção ambiental do art. 225

Demarcada a evolução histórica da proteção ao meio ambiente⁸² que, com o passar do tempo, exigiu uma proteção cada vez mais forte e efetiva para frear os impulsos capitalistas que até então buscavam vantagens econômicas sem a preocupação com a decorrente degradação do ambiente, mister analisar o patamar mais importante que a referida proteção alcançou, a Constituição Federal de 1988.

As Constituições pátrias anteriores à Carta de 1988 não traziam preceitos específicos de proteção ao meio ambiente, o que ocorre então com o seu surgimento quando insere capítulo específico que trata do mesmo e, ainda, explícita ou implicitamente⁸³, em outras partes de seu texto. DUARTE demonstra

⁸² Vide capítulo 1.1 que trata acerca do retrospecto histórico acerca da proteção ao meio ambiente.

⁸³ José Afonso da Silva (**Direito Ambiental Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 47-50) traz exemplos de referências explícitas e implícitas constantes na Constituição acerca do meio ambiente, quais sejam as expressas os artigos 5º, LXXIII, 7º, XXII, 20, II, 23, 24, VI, VII e VIII, 91 §1º, III, 129, III, 170, VI, 173 §5º, 174 §3º, 186, II, 200, VIII, 216, V, 220 §3º, II, 225 e 231 §1º e as implícitas assim entendidas as referências que dizem respeito a determinado setor ou recurso ambiental, os artigos 20, 21, XIX, XX, XXIII, XXIV, XXV, 22, IV, XII, XXVI, 23, II, III, IV, 24, 26 e 30, VIII, IX. Luís Paulo Sirvinskas (**Manual de Direito Ambiental**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 49-51) também cita as normas constitucionais ambientais, contudo,

que ocorre “porque, como já visto, na época de elaboração do texto constitucional, o problema ambiental já havia deixado de ser uma questão retórica relacionada apenas com a questão a qualidade de vida, para constituir uma questão de sobrevivência da humanidade”⁸⁴.

A regulamentação do acesso aos bens ambientais trazidas pela CF insere-se num contexto de rompimento com o período ditatorial, buscando, portanto, “um modelo econômico de bem-estar, com uma vocação redistributiva e participativa que subsiste mesmo ante as profundas modificações que sofreu ao longo dos anos 90, destinadas a reduzir a presença do Estado na economia”⁸⁵.

Seguindo este raciocínio, GRAF afirma que a inovação da Constituição, protegendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado conduz à sadia qualidade de vida, efetivando, desta forma, a dignidade da pessoa humana:

(...)constitui um marco para o Direito Ambiental brasileiro não apenas por ter destinado um capítulo à proteção do ambiente, por ter elevado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental, ou por ter estabelecido o dever do Poder Público e da sociedade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, mas também, por ter constitucionalizado a proteção da biodiversidade⁸⁶.

Nesse sentido cumpre destacar o que dispõe o artigo 225 da Constituição Federal, ressaltando que tal artigo incorporou os vinte e três princípios contidos na Declaração de Estocolmo de 1972⁸⁷ :

diferentemente do primeiro, divide-as em regras específicas, regras gerais, regras de competência e regras de garantia, sendo mais abrangente nos artigos citados.

⁸⁴ *Op. Cit.* p. 91.

⁸⁵ GRAF, Ana Cláudia Bento. *Op. Cit.* p.115.

⁸⁶ *Idem.* p. 89.

⁸⁷ Alexandre de Moraes (**Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 702) expõe o conteúdo da Declaração de Estocolmo: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, a igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o “apartheid”, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas. Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados. Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu “habitat”, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma

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.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

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

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

§2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§6º As usinas que operam com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

O meio ambiente sadio foi içado à categoria de direito subjetivo, direito fundamental que acarreta na responsabilidade compartilhada por todos, compreendendo, portanto, um complexo de direitos e deveres, não podendo mais ser pensado como um direito subjetivo individual, egoístico.

SIRVINSKAS alerta para a diferenciação de nomenclatura utilizada pela Constituição e pela legislação infraconstitucional pois enquanto estas tratam da conservação do meio ambiente a exemplo do art. 1º da Lei 9795/99⁸⁸, aquela

combinação de fatores adversos. Em conseqüência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a fauna e flora silvestres”.

⁸⁸ O referido artigo assim dispõe: “Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos,

refere-se à preservação, conforme §1º, VI do artigo 225, frisando que, apesar de etimologicamente terem as expressões o mesmo sentido, para ele “conservar é permitir a exploração econômica dos recursos naturais de maneira racional e sem causar desperdício. Preservar, por seu turno, é a proibição da exploração econômica dos recursos naturais”⁸⁹.

ANTUNES atenta para o fato de que o propósito da referida previsão constitucional não seria impedir totalmente a utilização de todo e qualquer recurso natural, mas sim que a mesma seja feita de acordo com a realidade de cada ecossistema, preservando suas características básicas, pois, conforme expõe, “A destruição ambiental é um caminho sem retorno”⁹⁰.

Extremamente amplo em suas previsões, limitando o campo de estudo ao nosso tema central, a exposição do referido artigo servirá apenas para deduzir que os princípios ambientais já expostos⁹¹ decorrem em sua integralidade do que preceitua o artigo 225, o que conduz à lição de RODRIGUES de que esta previsão constitucional permitiu o alcance da autonomia pelo Direito Ambiental. Também infere que o legislador, ao utilizar-se da expressão “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida”, define que o bem jurídico que constitui o objeto do Direito Ambiental seria exatamente o meio ambiente equilibrado, composto de elementos bióticos e abióticos inter-relacionados⁹², permitindo o alcance daquilo que compõe nosso tema central de estudo, qual seja, o bem ambiental.

habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade”.

⁸⁹ *Op. Cit.* p. 5.

⁹⁰ *Op. Cit.* p. 78.

⁹¹ Vide capítulo 3.2 que trata dos princípios ambientais.

⁹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 57 e 71.

3.2. Os princípios ambientais

Como já demonstrado, para alguns autores o que permite que o Direito Ambiental seja considerado como ramo autônomo do direito seria o fato de possuir princípios e regras próprias que permitem a organicidade e o caráter sistêmico do mesmo. FIORILLO⁹³ ressalta que os princípios aplicados à proteção do meio ambiente foram inicialmente formulados de forma genérica na Conferência de Estocolmo de 1972 e ampliados na ECO-92, contudo somente com sua previsão na Política Nacional do Meio Ambiente é que os mesmos adaptaram-se às realidades nacionais.

Antes de dar início a este breve estudo que beneficiará a compreensão dos bens ambientais e de como seria efetivada sua proteção, importante ressaltar as diferenças existentes entre princípios e normas, o que CANOTILHO infere com maestria, sendo demonstrado por GRAF:

1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a das regras é antinômica; 2) os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois, se uma regra vale, ela deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições; 3) em caso de conflitos entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois ele contém standards que devem ser realizados; as regras contem fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias; 4) os princípios suscitam problemas de validade e peso; as regras geram apenas questões de validade⁹⁴.

Deve-se observar que no que tange aos princípios ambientais, assim como em outros ramos do direito, a doutrina não é unânime quanto ao seu número e seus componentes⁹⁵ e, diante disso, opta-se pela demonstração daqueles que

⁹³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 24.

⁹⁴ *Apud* GRAF, Ana Cláudia Bento. *Op. Cit.* p. 86.

⁹⁵ Paulo de Bessa Antunes (**Direito ...** *Op. Cit.* pp. 31-42) inclui no seu rol de princípios o do direito humano fundamental, principio democrático, precaução, prevenção, equilíbrio, limite, responsabilidade e poluidor-pagador; Celso Antonio Pacheco Fiorillo (*Op. Cit.* pp. 23-48) considera os princípios do desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador, prevenção, participação e ubiquidade; José Rubens Morato Leite (**Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp.45-71) aduz os princípios da precaução,

são prevalentes dentre todos os autores pesquisados e advindos da previsão Constitucional acerca do meio ambiente contido no artigo 225 da Carta Magna, não abrangendo, desta forma, aqueles que também foram expostos nesse trabalho de forma específica, como características dos bens ambientais e não como princípios, a exemplo da função socioambiental da propriedade e do bem ambiental como direito humano fundamental⁹⁶.

Neste sentido, já feitas as ressalvas inicialmente necessárias, incumbe neste momento expor efetivamente os princípios, sendo abordados os princípios da prevenção, precaução, ubiquidade, participação, desenvolvimento sustentável e, finalmente, o princípio do poluidor-pagador.

Os princípios da prevenção e precaução decorrem do décimo quinto princípio da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que assim dispõe: “Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente”.

A Constituição Federal de 1988 adotou expressamente a prevenção em seu artigo 225 quando trata do dever do Poder Público e da coletividade em *defender e preservar* o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações e ainda no §1º, IV ao exigir estudo prévio de impacto

cooperação e responsabilização; Paulo Affonso Leme Machado (**Direito Ambiental Brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 47-93) traz como princípios o direito à sadia qualidade de vida, acesso equitativo aos recursos ambientais, poluidor-pagador, precaução, prevenção, reparação, informação e participação; Toshio Mukai (*Op.Cit.* pp. 34-38) socorre-se da doutrina alemã para considerar os princípios da prevenção, poluidor-pagador e cooperação pois acredita que o direito ambiental pátrio não possui princípios próprios; Marcelo Abelha Rodrigues (*Op. Cit.* pp. 167-208) insere em seu trabalho os princípios da ubiquidade, desenvolvimento sustentável, participação, informação ambiental, educação ambiental e poluidor-pagador; Vasco Pereira da Silva (*Op. Cit.* pp. 63-76) consagra os princípios da prevenção, desenvolvimento sustentável, aproveitamento dos recursos naturais e do poluidor-pagador; Luis Paulo Sirvinskas (*Op. Cit.* pp. 32-36) trata dos princípios do direito humano, desenvolvimento sustentável, democrático, prevenção, equilíbrio, limite e poluidor-pagador;

⁹⁶ O princípio da função socioambiental da propriedade é trazido por Édis Milaré (**Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 95-108) e o princípio do direito humano fundamental é trazido pelo mesmo autor já citado e também por Luiz Paulo Sirvinskas (*Op.Cit.* p. 34), Paulo de Bessa Antunes (**Direito Ambiental ...Op. Cit.** pp. 31-32) e, ainda, por Paulo Affonso Leme Machado (*Op. Cit.* pp. 47-49), este utilizando-se de nomenclatura diversa, conceituando como princípio à sadia qualidade de vida.

ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Também a Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81) traz a previsão em seu artigo 2º ao dispor que tem por objetivos a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, nos seus incisos I, IV e IX ao tratar da necessidade de ser assegurado e protegido o equilíbrio ecológico tendo em vista seu uso coletivo, da proteção dos ecossistemas com a preservação de áreas representativas da proteção de áreas ameaçadas de degradação e ainda, no seu artigo 4º, inciso I e IV ao dispor sobre a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico e a preservação dos recursos ambientais com vistas à utilização racional e disponibilidade permanente.

Na seara ambiental os princípios da prevenção e da precaução são imprescindíveis tendo em vista que danos ambientais são de difícil ou impossível reparação, não voltando ao seu estado anterior. Contudo, embora ambos busquem soluções antecipatórias para evitar a efetivação de degradações ambientais, tais princípios não são sinônimos⁹⁷, sendo a precaução mais ampla do que a prevenção como ensina LEITE:

Comparando-se o princípio da precaução com o da atuação preventiva, observa-se que o segundo exige que os perigos comprovados sejam eliminados. Já o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta. A precaução exige uma atuação racional, para com os bens ambientais e com

⁹⁷ Aduz Vasco Pereira da Silva que seria preferível a construção de uma noção ampla de prevenção abarcando também o conteúdo da precaução tendo por motivos o fato de que a distinção lingüística entre as expressões teria conhecimento apenas no campo jurídico e um direito novo, pertencente a todos, como o é o Direito Ambiental, deve procurar ser o mais claro possível para evitar equívocos; também acredita não ser adequado distinguir o âmbito da prevenção e da precaução em razão de que nestes os perigos decorreriam de ações humanas enquanto naqueles, de causas naturais, tendo em vista que nas sociedades modernas tais lesões resultam de um concurso de causas em que é possível distinguir rigorosamente fatos naturais de comportamentos humanos (ex. inundações provocadas pelo fenômeno natural da chuva, mas potencializadas ou determinadas pela poluição atmosférica ou efeito estufa decorrentes de ações humanas), mesmo motivo pelo qual considera também inadequado distinguí-los pelo caráter atual ou futuro dos riscos. Em âmbito interno, refuta a distinção pelo fato de o ordenamento português elevar apenas a prevenção à categoria de princípio constitucional, independentemente de saber se no direito comunitário se justifica ou não autonomizar o princípio da precaução e qual seria o seu âmbito ou suas conseqüências.

a mais cuidadosa apreensão dos recursos naturais, que vai além de simples medidas para afastar o perigo⁹⁸.

A precaução apresenta-se como uma proteção mais específica se comparada à prevenção, pois fornece indicação sobre as decisões a tomar nos casos em que os efeitos sobre o meio ambiente de uma determinada atividade não sejam ainda plenamente conhecidos no plano científico, quando se apresenta ainda uma incerteza da ocorrência de dano ambiental⁹⁹. Tão importante que a ausência da mesma conduz à incriminação do responsável conforme a Lei 9605/98 que no seu art. 54 assim dispõe: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos a saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa”. §3º “Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

O princípio da prevenção, já no caso de certeza do dano, no dizer de FIORILLO¹⁰⁰ é concretizado pelo desenvolvimento de uma consciência ecológica na população por meio da educação ambiental e até o alcance desta, por

⁹⁸ *Op. Cit.* p. 48.

⁹⁹ Paulo Affonso Leme Machado (*Op. Cit.* pp. 62-63) fornece um elucidativo exemplo de como se efetivaria a precaução pelo qual a França discute acerca dos resultados da utilização de sementes transgênicas: “Na França, O Conselho de Estado concedeu medida liminar (*sursis a execution*) em processo movido pela *Association Greenpeace France* contra a empresa Norvartis, suspendendo a portaria do Ministro da Agricultura de 5 de fevereiro de 1998 que permitia o cultivo do ‘milho transgênico’ ou obtido através de manipulação genética. O Tribunal francês acolheu a argumentação de que o processo estava incompleto no referente à ‘avaliação de impacto sobre a saúde pública do gene de resistência a ampicilina contido nas variedades do milho transgênico’, como, também, o não-respeito ao ‘princípio da precaução’, enunciado no art. L.200-1 do Código Rural.

A ex-Ministra do Meio Ambiente, jurista Corinne Lepage, afirmou que o posicionamento do Conselho de Estado ‘ultrapassa o caso do milho transgênico, pois o princípio deverá ser aplicado para todos os organismos geneticamente modificados (OGMS)’. O art. L.200-1 do Código Rural, mencionado no julgado, diz que o princípio da precaução é aquele ‘segundo o qual a ausência de certeza, levando em conta os conhecimentos científicos e técnicos do momento, não deve retardar a adoção de medidas efetivas e proporcionais visando a prevenir o risco de danos graves e irreversíveis ao meio ambiente, a um custo economicamente aceitável’.

Martine Remond-Gouilliod, comentando a referida decisão, afirma: ‘Longe de paralisar o progresso, a precaução disciplina a inovação, assegurando-lhe um lugar legítimo em nossa civilização tecnológica. A precaução ensina a resistir a pressão da conjuntura imediata, podendo extrair-se da decisão do Conselho de Estado a seguinte mensagem: pode ser urgente esperar”.

¹⁰⁰ *Op. Cit.* p. 37.

instrumentos como o estudo prévio de impacto ambiental, o licenciamento ambiental, as sanções administrativas, entre outros, de forma a estimular negativamente a prática de agressões ao meio ambiente.

Considerado por alguns autores como princípio próprio, pode-se considerar como inserido nos princípios da prevenção e precaução o princípio do limite que tem por fundamento o inciso V do §1º do artigo 225 da CF que trata da obrigação da Administração em “controlar a produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Significa, no dizer de ANTUNES¹⁰¹, estipular padrões máximos, limites para tudo que possa implicar riscos a vida e degradação ao meio ambiente, sendo estabelecido conforme as realidades ambientais locais e com o uso da melhor tecnologia disponível. Significaria um tipo de prevenção da ocorrência de resultados danosos, minimizando as possibilidades de sua ocorrência.

Em seguida surge o princípio da ubiqüidade, tendo em conta que os bens ambientais, por estarem ligados ao direito à vida e terem titularidade difusa, não podem limitar-se espacial ou temporalmente, decorrendo disso o seu caráter onipresente que seria o significado da expressão ubíquo¹⁰². Constitucionalmente é vislumbrado no artigo 4º, IX que trata da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade pois, conforme aduz RODRIGUES¹⁰³, por estarem presentes em toda parte, os bens ambientais exigem uma política global para sua proteção e preservação e também, por terem relação com a proteção da qualidade de vida, exigem que toda política, legislação ou atividade de qualquer natureza deva antes passar por uma consulta ambiental, obedecendo aos postulados de Direito Ambiental.

De forma semelhante, embora em âmbito intraestatal, apresenta-se o princípio da participação ou princípio democrático como denominam alguns autores que, atrelado ao surgimento do Estado Democrático de Direito, decorre do

¹⁰¹ **Direito** *Op. Cit.* p.38.

¹⁰² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

¹⁰³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. Cit.* p.169.

dever jurídico “da coletividade em proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações”¹⁰⁴, impõe a participação popular nas políticas públicas ambientais nas esferas legislativa, administrativa e judicial¹⁰⁵, inclusive fazendo-os partilhar da responsabilidade pela gestão do meio ambiente.

Ressalte-se que essa participação pode ser eficazmente exercida por associações e organizações não governamentais e outros organismos sociais, facilitando a efetiva participação de forma organizada e coletiva. Todavia, para que a participação seja realmente exercida, mister se faz a obtenção de consciência ecológica pela população mediante implementação de políticas de informação e educação ambiental¹⁰⁶, consideradas por alguns autores como princípios independentes mas aqui considerados como complementares à participação, assim como o faz FIORILLO¹⁰⁷ e RODRIGUES¹⁰⁸, pois ninguém é capaz de opinar sobre algo que não possui conhecimento ou, se o faz, faz de forma inconseqüente, trazendo conseqüências prejudiciais e até mesmo irreversíveis ao meio ambiente. A Declaração do Rio formulada na ECO/92 em seu artigo 10 demonstra de forma clara esse princípio e também sua ligação com a educação e a informação ambiental:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomadas de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação

¹⁰⁴ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 225, *caput*.

¹⁰⁵ Essa participação pode ser materializada mediante plebiscito, referendo ou projetos de lei de iniciativa popular (art. 14, I, II e III da CF), direito à informação e direito de petição (art. 5º, XXXIII e XXXIV da CF), possibilidade de manifestação nas audiências públicas a serem designadas quando da realização de estudos de impacto ambiental (art. 225, IV da CF) e, finalmente, através de ações no plano processual ante a natureza difusa dos interesses, como a Ação Popular e a Ação Civil Pública.

¹⁰⁶ A informação ambiental encontra respaldo legal nos artigos 6º, §3º e 10 da Política Nacional do Meio Ambiente e no artigo 225, §1º, VI, também previsto de forma genérica nos artigos 220 e 221 da Carta Constitucional. A educação ambiental, por sua vez, pode ser encontrada no artigo 35 da lei de proteção a Fauna, 4º, V da lei 6938/81 e 42 do Código Florestal mas, principalmente, na Lei n. 9795/1999 que estabeleceu a Política Nacional de Educação Ambiental.

¹⁰⁷ *Op.Cit.* pp. 38-42.

¹⁰⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op.Cit.* 173-189.

pública, valorando a informação a disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação dos danos.

Conforme o enfoque que é dado por cada autor que considera o princípio da cooperação como autônomo, podemos incluí-lo dentre os princípios da ubiqüidade ou da participação conforme as características dos mesmos. LEITE¹⁰⁹ diz expressamente ser vinculado ao princípio da participação, contudo ao fazer referência afirmando que “A cooperação necessita, para sua consecução, do exercício da cidadania participativa e, mais do que isso, da co-gestão de diversos Estados na preservação da qualidade ambiental (...) os problemas de degradações ambientais não se circunscrevem ao âmbito local”, quando trata da cooperação de Estados, aproxima-o também e principalmente do princípio da ubiqüidade.

Diferentemente disso, MUKAI¹¹⁰ aduz que a cooperação “expressa a idéia de que para a resolução dos problemas do ambiente deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, através da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e execução da política do ambiente”, aproximando-o indubitavelmente do princípio da participação, confundindo-o inclusive com o mesmo.

Outro princípio que cabe destacar é aquele que trata do desenvolvimento sustentável, o que DERANI entende por “(...) ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e da ecologia que devem ser ajustados numa correlação de valores onde o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico”¹¹¹, ou seja, diferentemente do que muitos pensam, não busca impedir o desenvolvimento econômico mas sim, adaptá-lo de forma que sejam minimizados os danos dele decorrentes ao ambiente¹¹².

¹⁰⁹ *Op. Cit.* p. 53-56.

¹¹⁰ *Op. Cit.* p. 36-38.

¹¹¹ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 128.

¹¹² A ONU, em sua Declaração sobre o Desenvolvimento, no artigo 1º prevê: “1. O direito do desenvolvimento é um inalienável direito humano, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos têm reconhecido seu direito de participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar; e no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. 2. O direito humano ao

Fundamenta-se legalmente através do artigo 170, VI da Constituição Federal que trata da ordem econômica e que prevê a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, sendo que, por meio da restrição feita a livre iniciativa, busca a conscientização do homem para que utilize racionalmente os recursos naturais não renováveis a fim de garantir a sua qualidade de vida pois a degradação do ambiente implica na diminuição de sua capacidade econômica. RODRIGUES faz a ressalva de que

(...) o emprego do termo sustentado tem como finalidade enraizar a idéia de que não é possível a realização de atividade impactante, sem que sejam apresentadas medidas compensatórias e mitigadoras do dano imediato ou mediato que será produzido ao meio ambiente. (...) Observe-se, contudo, que só é possível pensar em desenvolvimento “sustentado” se o bem ambiental que servirá de matéria prima a atividade desenvolvimentista for renovável, ou puder ser renovável dentro de um prazo razoável. A “renovabilidade” deve ser avaliada levando em consideração não só o bem em si mesmo considerado, mas o local onde se encontra, as peculiaridades da região e função que ali exerce, etc.

Diante disso, acrescenta que para que seja alcançado o desenvolvimento sustentável devem ser observados três pontos fundamentais: estimular o uso de tecnologias limpas, evitar a produção de bens supérfluos e agressivos ao meio ambiente e, finalmente, convencer o consumidor a não adquirir bens nocivos ao ambiente¹¹³.

Para que se conclua o estudo sobre princípios, resta analisar o poluidor-pagador que tem por fundamento o princípio 16 da Declaração do Rio que assim dispõe:

As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de que quem contamina deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.

desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos a autodeterminação, que inclui o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais”.

¹¹³ RODRIGUES. Marcelo Abelha. *Op. Cit.* p. 172.

Quando se faz a ressalva “em princípio” no aludido preceito, significa, de acordo com MACHADO, que “o *poluidor-que-deve-pagar* é aquele que tem o poder de controle (inclusive o poder tecnológico e econômico) sobre as condições que levam à ocorrência da poluição, podendo, portanto, preveni-las ou tomar precauções para evitar que ocorram”¹¹⁴. Difere-se da responsabilidade decorrente de danos ambientais que pode acarretar sanções civis, administrativas e até mesmo penais (artigo 225, §3º CF), pois pode ser exigido mesmo que o comportamento do poluidor seja lícito, decorrendo daí o fato de que não pode ser visto como forma de punição mas apenas como um investimento com o fim de prevenir o uso do recurso natural embora parte da doutrina faça essa confusão¹¹⁵.

Seguindo a mesma linha, o artigo 4º, VII da Lei 6938/81 estabelece que a Política Nacional do Meio Ambiente visará “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Importante frisar que isso não significa a possibilidade de poluir desde que haja o respectivo pagamento até porque o custo ambiental não encontra valoração pecuniária correspondente, tendo por escopo, de acordo com as lições de ANTUNES “impedir que a sociedade arque com os custos da recuperação de um ato lesivo ao meio ambiente causado por poluidor perfeitamente identificado. (...) que, fundamentalmente, irão significar um retorno econômico individualizado” e continua:

O PPP parte da constatação de que os recursos ambientais são escassos e que seu uso na produção e no consumo acarretam a sua redução e degradação. Ora, se o custo da redução dos recursos naturais não for considerado no sistema de preços, o mercado não será capaz de refletir a escassez. Em assim sendo, são necessárias políticas públicas capazes de eliminar a falha de mercado, de forma a assegurar que os preços dos produtos reflitam os custos ambientais¹¹⁶.

¹¹⁴ *Op. Cit.* p. 55.

¹¹⁵ Neste sentido, considerando como sinônimos o poluidor-pagador e a responsabilidade, podemos citar SIRVINSKAS (*Op. Cit.* p. 36) e FIORILLO (*Op. Cit.* p.28).

¹¹⁶ **Direito Ambiental ...***Op. Cit.* p. 40-41.

Justifica-se pelo fato de que o meio ambiente não é passível de apropriação por ser um bem de uso comum do povo, então, como consequência disso, sua utilização, que pode ser feita por todos mesmo de forma individual, não pode admitir qualquer tipo de degradação, pois isso afetaria os demais “titulares” do meio ambiente.

3.3. A função socioambiental da propriedade privada

O Direito Civil clássico codificado exclui a realidade por meio da utilização de uma espécie de filtro de juridicidade¹¹⁷, mediante concepções abstratas, genéricas e neutras, algo que a contemporaneidade busca abandonar para que o sistema acompanhe o desenvolvimento social e abarque valores ancorados em princípios constitucionais, fruto da relativização da dicotomia público x privado já esposada.

Nessa perspectiva, a propriedade deixa de ser uma situação de poder, um direito absoluto e passa a ser qualificada como uma situação complexa, condicionada ao cumprimento de sua função social¹¹⁸, exigindo do operador do direito à análise da situação concreta em que se insere a propriedade.

A propriedade privada é um valor constitutivo da sociedade brasileira fundada no modo capitalista de produção. Sobre este preceito recai um outro que lhe confere novos contornos. Um novo atributo insere-se na propriedade, que além de privada, ou seja, ligada a um sujeito particular de direito, atendera a uma destinação social, isto é, seus frutos deverão reverter de algum modo à sociedade, o que não exclui naturalmente o poder de fruição particular inerente ao domínio, sem o qual o conteúdo privado da propriedade estaria esvaziado¹¹⁹.

¹¹⁷ Expressão utilizada por Luiz Edson Fachin na obra **Teoria Crítica do Direito Civil** (Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 92).

¹¹⁸ Artigo 5º, XXII da Constituição Federal de 1988: “é garantido o direito de propriedade”; XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”. Neste sentido também, artigo 1228, § 1º do Código Civil de 2002: “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”.

¹¹⁹ DERANI, Cristiane. *Op. Cit.* p.249.

Função social é direito humano fundamental pensado há muito tempo¹²⁰ embora adotado recentemente, visando à garantia dos interesses sociais por meio da intervenção do Estado na economia, no exercício do titular do domínio (relativizando o interesse individual), para diminuir as desigualdades e melhorar condições de vida e daí o porquê da Constituição Federal de 1988 garantir concomitantemente o direito de propriedade e a funcionalização do seu exercício (art. 170, II e III).

Sendo um conceito relativo que pode ser alterado no decorrer do tempo pela doutrina e/ou pelo sistema positivo de cada época, o termo “função social da propriedade” vem sendo repensado a cada dia a partir de sua primeira aparição Constitucional¹²¹, devendo ser tomado como um princípio básico que se insere na estrutura da propriedade e não como uma limitação a ela, daí porque há quem afirme ser a propriedade uma função social e não ter a mesma essa função¹²².

Com a evolução do referido conceito e também partindo-se da ratificação do caráter finito dos bens ambientais, da insuportabilidade do entorno em absorver a poluição produzida pela atividade econômica e do reconhecimento desses bens como *res omnium*¹²³, surge desta idéia mais ampla de funcionalização a especialidade da função socioambiental da propriedade privada¹²⁴, tendo por escopo a compatibilização do interesse privado (uso, gozo e disposição dos bens) com o interesse público ambiental ou interesse difuso (uso comum do meio

¹²⁰ De acordo com Gustavo Tepedino (**Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional**). In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (Coord.). Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: Institutos de Estudos Jurídicos, 1991. p. 314-315) as investigações acerca da função social remontam à doutrina cristã da Idade Média, principalmente à Suma Teológica de São Tomás de Aquino, também ao jusnaturalismo com a necessidade de utilização dos bens enquanto instrumento de realização da justiça divina ou mesmo no marxismo que considerava ser a propriedade um direito sobre trabalho alheio, e impossibilidade do mesmo apropriar-se do seu próprio produto, criticando a propriedade burguesa.

¹²¹ Referência feita nos exatos termos pela primeira vez na Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional de 1969 nos artigos 157, III e 160, III, embora incluído como princípio de fundamentação da ordem econômica e social, não fazendo referência quanto a ser uma garantia fundamental do cidadão como se fez na CF de 1988.

¹²² Expressão utilizada pelo Professor Paulo Roberto Nalim em aula ministrada ao curso de graduação da Universidade Federal do Paraná em data de 08.06.2005.

¹²³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. Cit.* p.212.

¹²⁴ *Idem*, p. 208. Todavia, não é uma nomenclatura unânime entre a doutrina, existindo autores que se referem à função ambiental, função social do meio ambiente, etc.

ambiente ecologicamente equilibrado) em que figuram como titulares as presentes e futuras gerações.

RODRIGUES¹²⁵ justifica esta preocupação diferenciando elementos do que é dado ao homem (bens ambientais) e do que é por ele construído (bens artificiais), prevalecendo aqueles pelo fato de serem responsáveis pela vida de todos, indivisíveis e finitos enquanto estes se apresentam como direitos exclusivos de seu titular, devendo, por tal motivo, o sistema jurídico regular sua utilização sob pena de inviabilizar as funções que possuem.

A Carta Constitucional de 1988 funcionaliza o meio ambiente ao estabelecer que ele é um bem de uso comum do povo, devendo impedir qualquer restrição a essa utilização que se caracterizaria pela utilização do bem pelo ser humano objetivando tão somente o atendimento de suas necessidades de subsistência.

ARONNE¹²⁶ ensina que inexitem fórmulas sobre a função social, devendo analisar os casos concretos e, para afirmar sua tese, explicita por meio da jurisprudência pátria a utilização do princípio da proporcionalidade para ponderar acerca do interesse particular face ao direito a um meio ambiente sadio:

“POLUIÇÃO ATMOSFÉRICA – competência concorrente, de nível supletivo, dos Estados no que pertine às medidas administrativas reprimíveis às emissões poluentes e danosas ao meio ambiente, como se continha no art. 8º, inc. XVII, letra c, c/c o parágrafo único da Carta Federal, que vigeu precedentemente, hoje de caráter mais abrangente – ex-vi do art. 23, VI da Constituição vigente.

É legítimo e meritório o proceder administrativo no contar os malefícios a que se submete a saúde pública com o lançamento de fumaça poluente na atmosfera, precipuamente nas cidades de elevada densidade demográfica, tanto mais quando existem processos técnico-industriais que podem coibir tal ocorrência.

O Judiciário não pode colocar-se insensível a esta realidade, assentada na conclusão a que chegou o Conselho Central da União Internacional dos Magistrados, reunido no Brasil anos recuados: “O direito de viver e trabalhar em meio ambiente sadio deve ser considerado como um dos direitos fundamentais do homem, impondo-se o respeito de todos e exigindo-se uma proteção vigilante do legislador e do Juiz” (Carta de Brasília, 25-8-71.)

Posicionar-se em sentido contrário é emitir carta branca ao poluidor, abonando sua irresponsabilidade, mercê do lucro exclusivista, em detrimento de milhares de seres humanos na montaria de uma simples licença do Poder Público para exercer atividade lícita, prestação de serviços públicos delegados.

¹²⁵ *Ibidem*, p.212.

¹²⁶ ARONNE. **Propriedade e Domínio...** *Op. Cit.* pp. 191-192.

De resto, na clarividente observação de Barbosa Moreira, numa visão profético-jurídica advinda de seu notório talento: “Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se todos ou juntos naufragar.” (A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos, in RDA 139/1 – 1980.)
Apelo Improvido.”¹²⁷

Isto posto, torna-se possível a compreensão da expressão despatrimonialização utilizada pela doutrina¹²⁸ que, diferentemente do que se depreende de uma primeira leitura do termo como uma forma de exclusão do conteúdo patrimonial no direito, significa a funcionalização do sistema econômico que altera sua valoração do quantitativo ao qualitativo tendo em vista o respeito à dignidade da pessoa humana.

GRAF¹²⁹, diferentemente da orientação majoritária da doutrina que acredita ser a função socioambiental uma forma de concretização da função social da propriedade, diz que não deve ser entendida dessa forma, mas sim como um princípio autônomo ligado às noções de desenvolvimento sustentável e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado pelo fato de que num caso concreto, poderia deixar de ser aplicada se não existente norma infraconstitucional específica para regular comprometimentos ao meio ambiente.

Por serem os bens ambientais responsáveis pela sadia qualidade de vida e pelo desenvolvimento econômico, conclui-se que na intervenção do Estado devem ser ponderados os aspectos social e econômico, daí a sua vinculação com o princípio do desenvolvimento sustentável¹³⁰ que limita o referido desenvolvimento em prol da saúde ambiental. O direito de propriedade permanece essencialmente o mesmo no que tange à sua regulação legal, alterando-se efetivamente o seu exercício.

¹²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. Cível n. 4.404/89. Relator Desembargador Ellis Figueira. DU 19.12.89.

¹²⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Op. Cit.* p. 16.

¹²⁹ *Op. Cit.* p. 104.

¹³⁰ Vide capítulo 3.2 que trata dos princípios ambientais.

4. A NATUREZA JURÍDICA DO BEM AMBIENTAL

“A preocupação com o outro é hoje a mais profunda e revolucionária idéia”.

Noam Chomsky

4.1. A distinção entre interesse público e interesse difuso: a proteção do meio ambiente como interesse público e difuso

A discussão acerca do que sejam interesses e o que abrangeriam os interesses públicos e interesses coletivos possibilita uma maior aproximação da natureza jurídica dos bens ambientais.

Ressalte-se a distinção existente entre interesse¹³¹ e direito, sendo este conhecido por ser um interesse juridicamente tutelado. RODRIGUES¹³² ensina que para buscar o conceito de interesse público, devemos partir da premissa de que se trata de um interesse do povo, não significando necessariamente o interesse do Estado tendo em vista que isto afastaria o interesse de seus titulares por este representado e também pelo fato deste ente, da mesma forma, possuir interesses particulares.

Neste sentido, MELLO¹³³ ensina que “O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos, só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles”, e descreve o interesse público como

¹³¹ Flávia de Paiva M. De Oliveira e Flávio Romero Guimarães (*Op. Cit.* p. 52) discorrem acerca do interesse e concluem ser “toda e qualquer manifestação de utilidade ou de vantagem, em virtude da qual se satisfaz uma necessidade, seja moral, seja intelectual, seja material (...) o valor atribuído a um determinado bem ou a uma determinada pessoa (...) o valor material ou moral que faz com que alguém se aproprie de algo, estando a noção de interesse adstrita à de vantagem”.

¹³² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. Cit.* p. 45

¹³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 64.

(...) uma dimensão pública dos interesses individuais (...) o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade como membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem (...) é um interesse igualmente pessoal dessas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos(...)¹³⁴

Independentemente de sua titularidade ser classificada como pública ou privada, SILVA¹³⁵ afirma ser o bem ambiental de interesse público, tendo em vista que sua proteção visa tutelar o direito à vida, buscando-se a qualidade desta com a proteção da qualidade do meio ambiente.

RODRIGUES¹³⁶ demonstra ser no Direito Administrativo que o interesse público se mostra mais evidente, limitando os atos administrativos pelos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, sendo que nenhum ato pode ser praticado pela administração se não restar demonstrado o interesse público e seus fundamentos constitucionais.

Com isso, o mesmo autor analisa e conceitua o interesse difuso como “Uma espécie do genus interesse público, isto quer dizer que o interesse público como entidade única não existe mais, ou melhor, existe só em abstracto, existindo na realidade, como consequência dos confrontos e conflitos entre particulares, públicos e coletivos, o interesse público concreto”, demonstrando a possibilidade de haver conflitos entre interesses difusos dentro de uma mesma comunidade, conflitos estes que devem ser resolvidos pelo Estado a partir da utilização do princípio da proporcionalidade, sopesando o interesse tutelado.

Demonstrada a distinção entre os interesses aqui abordados, OLIVEIRA e GUIMARÃES arrematam a discussão afirmando não ser incompatível a caracterização do meio ambiente como um bem de interesse público e de interesse difuso¹³⁷:

¹³⁴ *Idem* pp. 57-59.

¹³⁵ SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* p. 84.

¹³⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. Cit.* pp. 49-51.

¹³⁷ Em sentido um pouco diverso, SIRVINSKAS (*Op. Cit.* p. 27) e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha (**Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 81) afastam a possibilidade de ser considerado como bem de interesse público apesar de considerarem que o Direito Ambiental pertença ao direito público, dizendo que seus interesses não seriam nem públicos nem tampouco privados, pois

Quando se diz que meio ambiente é bem de interesse público, pretende-se afirmar que não apenas o Poder Público tem legitimidade para promover sua tutela jurisdicional, como também o cidadão.

Quando se diz que o meio ambiente é um interesse difuso, quer-se afirmar que dele advém uma situação de vantagem ou de utilidade para todo o gênero humano, o que legitima todo e qualquer cidadão a promover a sua defesa na esfera processual.

(...)

Como se isto não bastasse, para que uma pessoa se aproprie de determinada coisa, é necessário que ela tenha interesse.

Embora o meio ambiente, como macrobem, não possa ser apropriado individualmente, a sua manutenção equilibrada e hígida é indispensável ao alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, que não pode viver em um ambiente que não lhe ofereça condições mínimas de sobrevivência. Malgrado a impossibilidade de apropriação e de comercialização, o meio ambiente saudável gera, para todo o gênero humano, uma posição de vantagem e utilidade¹³⁸.

4.2. O bem ambiental como direito difuso

O pensamento jurídico do modelo liberal buscava delimitar rigidamente a possibilidade de interferência do Estado na esfera jurídica dos particulares, limitando-se aos campos econômico e social por prevalecer a idéia de regulação espontânea da sociedade. Em uma fase seguinte, já em seu modelo social, o Estado passou a intervir nas relações embora tenha se mostrado incapaz de resolver todos os problemas que se apresentavam, principalmente aqueles decorrentes do fenômeno da globalização, pois interferiam nas políticas internas de cada Estado.

Foi nesse momento que o Estado se comprometeu a realizar prestações positivas para efetivar as reais necessidades sociais, garantindo condições mínimas de qualidade de vida ao povo como saúde, lazer, segurança, etc., ou seja, direitos de interesse geral, surgindo daí os chamados direitos transindividuais ou coletivos¹³⁹.

pertenceria a cada um e, ao mesmo tempo, a todos, ou seja, seria um interesse transindividual, difuso.

¹³⁸ *Op. Cit.* p. 57-58.

¹³⁹ Na lição de Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni (**Manual do Processo do Conhecimento**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 783-785), essa alteração se deu primeiramente nas bases fundamentais do processo civil porque a legitimação para a causa não poderia mais ser pensada com base na titularidade do direito, assim como a sentença não poderia ter efeito "inter partes" pois beneficiaria toda uma coletividade, desenvolvendo-se então as *class action* norte-americanas surgidas no direito medieval inglês, ações coletivas que buscavam a proteção de direitos transindividuais ou individuais sofridos em massa. No sistema jurídico

RODRIGUES¹⁴⁰reproduz a célebre frase de Mauro Capelletti formulada meio século antes do início dessas discussões sobre existir um direito pertencente a todos de forma igualitária, demonstrando com “de quem é o ar que eu respiro?” que a previsão de que o que não fosse privado seria público não mais atendia aos fenômenos de massa¹⁴¹.

Confirmando tal afirmação, MILARÉ, FERRAZ e NERY JUNIOR¹⁴² afirmam que,

sempre existiram interesses coletivos ou difusos, desde que o homem passou a viver em sociedade – Contudo, com o surgimento de grandes conglomerados humanos, ocasionando explosão demográfica, além de muitos outros males do mundo moderno, como, por exemplo, a produção e o consumo em massa, torna-se imprescindível que se estabeleça uma construção dogmática para a tutela jurisdicional dos interesses difusos e metaindividuais.

Conforme previsão constitucional, trata-se não mais de *res nullius* como pregava o Direito Civil clássico, mas sim de *res communes omnium*, por ser um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”¹⁴³, decorrente do direito ao meio ambiente equilibrado pertencer à totalidade das pessoas, indistintamente, inclusive às futuras gerações, possuindo, por tal motivo, a natureza de direito coletivo *lato sensu*, tendo, portanto, tratamento jurídico diferenciado dos demais direitos individuais.

nacional, o primeiro diploma que tutelou esses direitos foi a Lei da Ação Popular (Lei 4717/65) embora limitada à proteção do patrimônio público, inconveniente este superado com a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/85) que abarca a proteção de qualquer tipo de interesse difuso ou coletivo, integrando-se também ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) e a leis esparsas relativas a situações específicas (Lei do Abuso do Poder Econômico e Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo) para consolidar um sistema protetivo desses novos direitos.

¹⁴⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op.cit.* p. 30.

¹⁴¹ Capeletti foi um dos pioneiros a enfrentar a problemática da tutela de interesses difusos e ensina que estes constituem questão típica do fenômeno de massa que atinge nossa sociedade, envolvendo ao seu ver, grupos, categorias, massas, classes da sociedade, sendo clara a característica de que tal autor não faz a distinção necessária entre os interesses difuso e coletivo. (*Apud* CORREA, *Op. Cit.* p. 71)

¹⁴² MILARÉ, Édís; NERY JUNIOR, Nelson; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. **A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 84.

¹⁴³ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 225, *caput*.

Neste momento, se mostra fundamental diferenciar as espécies que compõem o gênero direitos coletivos, abrangendo os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que se dará de forma breve apenas para que seja possível inserir em uma dessas categorias o bem ambiental, delimitando seu campo de abrangência e iniciando a discussão sobre sua titularidade.

A definição destes direitos encontra-se no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor que, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública (lei 7347/85), formam um sistema integrado de proteção aos direitos coletivos.

Direitos difusos seriam “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato¹⁴⁴”. De acordo com OLIVEIRA E GUIMARÃES, caracterizam-se pela indeterminação de sujeitos em decorrência de ter como base uma relação fática, indivisibilidade de objeto pela impossibilidade de atribuição a sujeitos e grupos determinados, intensa litigiosidade interna por não envolverem situações jurídicas bem definidas e, finalmente pela capacidade de mutação no tempo e no espaço pois, decorrendo de situações fáticas, não são passíveis de tutela integral por parte do legislador¹⁴⁵.

Direitos coletivos são, diferentemente dos primeiros apenas em consequência da determinabilidade dos seus titulares, “transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base¹⁴⁶”.

Por fim, direitos individuais homogêneos¹⁴⁷ são “assim entendidos os de origem comum¹⁴⁸”, ou seja, podem ser individualizados embora sua origem decorra de um mesmo fato e, por este motivo, são protegidos coletivamente, pois se mostram idênticos a diversos sujeitos, evitam decisões conflitantes e, ainda,

¹⁴⁴ BRASIL, Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Artigo 81, I.

¹⁴⁵ *Op. Cit.* p.56

¹⁴⁶ BRASIL, Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Artigo 81, II.

¹⁴⁷ Barbosa Moreira ao analisar as *class action* norte-americana referiu-se a estes direitos como feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos, considerando-os como incidentalmente coletivos porque na sua raiz não guardam tal natureza coletivizada.

¹⁴⁸ BRASIL, Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Artigo 81, III.

otimizam a prestação jurisdicional do Estado, conforme a lição de ARENHART e MARINONI¹⁴⁹.

RODRIGUES com maestria demonstra as diferenças existentes entre os direitos coletivos e difusos, indo de encontro ao pensamento já demonstrado de Carnelutti que tratava ambos como se sinônimos fossem:

A diferença entre o interesse difuso e o interesse coletivo é ontológica, porque enquanto o interesse coletivo está diretamente ligado ao atendimento de um interesse privado de uma coletividade, exclusivo e egoísta dessa mesma coletividade, que quase sempre se organiza para atender a suas exigências e pretensões (caráter egoísta em prol da coletividade), o interesse difuso possui uma veia pública, não exclusiva, heterogênea (por causa da dispersão) e plural.

(...)

Também se assevera que se os interesses difusos possuem uma “veia pública” é porque a indeterminabilidade de seus sujeitos pressupõe o raciocínio de que o interesse em jogo é disperso de tal maneira porque atinge um número ilimitado de pessoas, dando-lhe uma conotação publicista. Já os interesses coletivos são coletivos seja para dez, vinte ou trinta mil pessoas, porém sempre determináveis...por isso é que se diz possuir uma veia privatística (da categoria)¹⁵⁰.

De todo o exposto, pode-se inferir que o direito a um meio ambiente saudável, diz respeito a todo ser humano¹⁵¹, independentemente de barreiras territoriais, sociais ou culturais, o que o insere na categoria dos direitos difusos pela impossibilidade de determinação dos sujeitos titulares¹⁵², por não ser possível sua apropriação privada (objeto indivisível) e, ainda, porque suas decisões conflitam ou podem conflitar com questões econômicas e políticas (litigiosidade interna), devendo o julgador compatibilizar os direitos postos a sua apreciação.

¹⁴⁹ *Op. Cit.* p. 790.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. Cit.* pp. 40-41.

¹⁵¹ Todavia, devemos ressaltar que mesmo após a promulgação a Carta Constitucional ainda permanece em certos magistrados o pensamento retrógrado e individualista no que tange a certos temas do Direito Civil, principalmente quanto à propriedade. Exemplo disso é a decisão do Ministro Garcia Vieira que assim dispõe: “Meio Ambiente. Danos. Direito de Propriedade. O direito de instituir parques nacionais, estaduais ou municipais há de respeitar o direito de propriedade previsto na Constituição Federal. Da queda do muro de Berlim e do desmantelamento do Império Comunista Russo, sopram ventos liberais em todo o mundo. O Estado poderoso e proprietário de todos os bens e que preserva apenas o interesse coletivo, em detrimento dos direitos e interesses individuais, perde a sobrevivência”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 32222/PR. Relator Ministro Garcia Vieira, 1ª Turma, DU 29.05.1993).

¹⁵² Neste sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal (MS n. 22164/SP, Relator. Ministro Celso de Mello. DU, Seção I, 17.11.1995. p. 39.206) “(...) prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social”.

Todavia, é de observar que a simples classificação dos bens ambientais como direitos difusos limitaria as possibilidades de proteção apenas a entidades que representam ou se apresentam como representantes ou defensores do ambiente, indo além ao considerar os mesmos, além de direito difuso, como um direito subjetivo do ser humano inelutavelmente ligado com o direito à saúde e, nessa linha, reproduz-se o pensamento de PERLINGIERI para que instigue a reflexão:

Entender a saúde como interesse difuso teria como consequência confiar a sua tutela exclusivamente às entidades que em qualquer modo representam tal interesse: a ação em juízo seria própria da entidade que representa a coletividade e não poderia ser exercida pelo indivíduo¹⁵³.

Nesse sentido, SILVA¹⁵⁴ ensina que esse direito alarga a titularidade dos direitos subjetivos nas relações jurídicas ambientais constituindo relações multilaterais por envolver distintos sujeitos em cada um dos lados dessa ligação, podendo ser estabelecidas somente entre sujeitos privados, somente entre sujeitos públicos, entre um sujeito público e um privado ou, ainda, entre múltiplos sujeitos privados e públicos¹⁵⁵.

Portanto, deve ser superada a classificação dos bens ambientais como direito difuso, abarcando-a certamente, para considerá-los como direito subjetivo imaterial, o que conduz a sua classificação como um direito fundamental, como será visto com maior profundidade mais adiante.

¹⁵³ *Op. Cit.* p. 171.

¹⁵⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *Op. Cit.* pp. 33-35.

¹⁵⁵ O mesmo autor (*Idem* p. 108) exemplifica como se daria essa rede de ligações jurídicas entre os múltiplos sujeitos da relação ambiental através dos direitos e deveres relativos à emissão de ruídos, podendo colocar-se em uma única e concreta relação jurídica, simultaneamente, a relação entre o dono da discoteca e um ou mais vizinhos, entre dois vizinhos, entre o dono da discoteca e a autoridade licenciadora, entre os vizinhos e a autoridade licenciadora, entre o dono da discoteca e a autoridade fiscalizadora, etc.

4.3. Da titularidade dos bens ambientais

Inicialmente, é necessário explicitar o que seria patrimônio ambiental já que neste tópico a discussão se dará em torno da sua titularidade e, segundo SILVA:

(...)carrega consigo a idéia de algo precioso, de essencial para a comunidade, que desborda de um mero objeto econômico, sendo crucial, essencial para a sociedade. Esta noção de valor não se restringe a uma mera apreciação econômica, envolve questões de saúde pública, de estética, históricas, etc.

(...)

Patrimônio ambiental, portanto, é um conceito com pluralidade de sentidos. A sua precisão é dependente do contexto em que se utiliza a expressão, pode tanto significar um conjunto de bens e relações econômicas, como também um conjunto de direitos e obrigações cuja natureza se encaixa na temática dos direitos fundamentais¹⁵⁶.

Para que se possa iniciar a discussão sobre serem os bens ambientais de titularidade pública ou privada e quais seriam os mecanismos de acesso a esses bens, impende analisar também de forma preliminar o conceito de bem público¹⁵⁷ desenvolvido principalmente pela doutrina administrativista¹⁵⁸.

Na visão de MELLO, bens públicos¹⁵⁹ “são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público¹⁶⁰”, tendo por características a inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade e como destinação o uso comum, uso especial e o dominical.

¹⁵⁶ SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico**: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 237-238.

¹⁵⁷ Lúcia Valle Figueiredo. (**Curso de Direito Administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 536) faz a ressalva de que domínio público seria uma expressão mais abrangente do que bens públicos pois nela estariam inseridos todas as espécies de bens e sob qualquer regime jurídico, mas frisa que não faz tal distinção em sua obra.

¹⁵⁸ Grande parte da doutrina concebe o Direito Ambiental como ramo do Direito Administrativo e mesmo quem lhe reconhece autonomia aplica os princípios e institutos daquele, tendo em vista considerarem que a proteção do meio ambiente seria um interesse público e prevaleceria sobre o privado.

¹⁵⁹ O Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 98 que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

¹⁶⁰ *Op. Cit.* p. 751.

De forma semelhante, FIGUEIREDO¹⁶¹ entende que são públicos “aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, portanto imóveis, moveis, semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, a União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público (...)”.

Mais simples e exíguo é o conceito formulado por JUSTEN FILHO “Bens públicos são de titularidade de uma pessoa integrante da Administração Pública estatal¹⁶²”, contudo, este autor alude também à figura histórica, não mais existente, da teoria do domínio eminente que entendia que além dos bens de domínio efetivo do Estado, o patrimônio deste ainda seria composto por todos os bens existentes no seu território.

GRAF¹⁶³, fugindo dessa visão cerrada do direito administrativo, discorda da titularidade atribuída ao Estado¹⁶⁴, acreditando não possuírem os bens ambientais titularidade pública nem tampouco privada, configurando um terceiro gênero, de bens difusos¹⁶⁵, que busca a justiça social, a dignidade da pessoa humana e o bem comum, e conclui:

Ao Estado compete exercer, portanto, o dever-poder de intermediar os conflitos entre o direito proprietário de usufruir um bem do qual seja titular e cuja integridade tenha relevância ambiental e o direito de todos de usufruir os bens ambientais¹⁶⁶.

SILVA¹⁶⁷ em larga exposição traça as dessemelhanças entre o patrimônio público e difuso, demonstrando ser este constituído de bens que não pertencem nem aos particulares e tampouco ao Estado, demarcando-se não pela titularidade,

¹⁶¹ *Op. Cit.* p. 540.

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 702.

¹⁶³ *Op. Cit.* p. 129.

¹⁶⁴ Seguindo esta mesma linha, SIRVINSKAS (*Op. Cit.* p. 31) e MACHADO (*Op. Cit.* pp. 90-91) que ensina “O Poder Público passa a figurar não como proprietário dos bens ambientais – águas, ar e solo, fauna e florestas, patrimônio histórico – mas como um gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a ter que prestar contas sobre a utilização dos “bens de uso comum do povo”.

¹⁶⁵ Celso Antonio Pacheco Fiorillo (*Op. Cit.* p. 53) reafirma a distinção entre bens públicos e difusos demonstrando que as condenações em ressarcimento de danos possuirão destinos diferentes, indo ao Tesouro Público no caso daqueles pois possuidor do bem lesado e para estes, ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos criado pelo Lei n. 7347/85.

¹⁶⁶ *Idem* p. 97.

¹⁶⁷ SILVA, José Robson. *Op. Cit.* pp. 273-280.

mas sim pelo grau de importância para a sobrevivência das atuais e futuras gerações, tendo como notas fundamentais a inclusão e o compartilhar, estando alocados bens que não podem ser geridos por premissas de dominialidade, razões privadas e do Estado e sim, pelo acesso democrático por tutelar a dignidade humana e a proteção ambiental.

Ainda, expõe que na atualidade demonstra-se uma tendência em que o Estado passa a integrar tais bens ao seu patrimônio, contudo adverte que o mesmo não pode ter a exclusividade na gestão desses bens tendo em vista integrarem o patrimônio difuso da sociedade, exigindo por este motivo a participação popular. Para isso, faz uma digressão histórica para tentar justificar a titularidade estatal sobre alguns macrobens:

(...) pode aí ser justificada como uma reação ou antecipação de algum “movimento” político que eventualmente busque esvaziar o poder estatal sobre estes recursos.

(...)

Um outro conceito que pode explicar a titularidade pública dos recursos ambientais e o conceito do ambiente como uma “res nullius”(...)na sociedade agrária do século XIX, período em que o Código Civil brasileiro foi montado(...)o sistema de apropriação do poder se articulava com a apropriação do que tinha valor com o descarte do que não tinha valor. Valor aqui afirmado também em uma perspectiva ampla: valor econômico, político, religioso, etc. O ar limpo, v.g., não era um valor, não representava um potencial político, logo, não tinha valor jurídico, a não ser quando isolado e transformado em mercadoria.

(...)

A partir do momento em que a qualidade do ar passa a ter importância política e econômica, o ar deixa de ser uma “res nullius” e ganha um novo status jurídico e torna-se um bem de uso comum, controlado pelo Estado que e por sua vez controlado pelo estamento patrimonialista¹⁶⁸.

No direito brasileiro, o tema ainda gera diferentes posicionamentos no que tange à titularidade dos bens ambientais decorrente da insuficiência da tradicional dicotomia entre público e privado, senão vejamos: o Código Florestal¹⁶⁹, considera as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade as terras que revertam, como **bens de interesse comum** a todos os habitantes do país. A lei de proteção à Fauna¹⁷⁰ considera os

¹⁶⁸ *Idem*. pp. 230-232.

¹⁶⁹ BRASIL. Lei n. 4771 de 31 de agosto de 1965. Institui o Novo Código Florestal. Art. 1º.

¹⁷⁰ BRASIL. Lei n. 5197 de 03 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a Proteção à Fauna.

animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais como **propriedade do Estado**. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente¹⁷¹ considera o meio ambiente como um **patrimônio público** a ser necessariamente assegurado e protegido. Por fim, a atual Constituição de 1988 em seu artigo 225 considera o meio ambiente ecologicamente equilibrado como **bem de uso comum do povo** e essencial à sadia qualidade de vida.

BENJAMIN¹⁷², buscando conformar tal questão controversa entende que “o meio ambiente como macrobem e objeto da função ambiental, é sempre público (de uso comum). Já na sua acepção fragmentada, como microbem, pode ser tanto bem público (um parque estadual pertencente ao Estado de São Paulo, por exemplo), como bem privado (uma mata de propriedade de um particular)”.

O bem ambiental pode ser considerado como bem público na perspectiva de servir a toda a coletividade de forma indistinta e não por pertencer a determinado ente público e nesta perspectiva DUARTE¹⁷³ demonstra que mesmo em sendo considerado o bem ambiental como bem de uso comum do povo não significa que tenha como titular um ente estatal:

(...) enquanto os bens de uso comum de que trata o Código Civil pertencem a uma das pessoas jurídicas de direito público interno, o meio ambiente sadio, considerado como um bem jurídico de uso comum, de caráter difuso, pode ser desfrutado por toda e qualquer pessoa sem que sobre o mesmo haja uma titularidade específica. Logo, por ser bem de uso comum, o bem ambiental não pode ser um bem público tendo como titular necessariamente um ente estatal. Desse modo, sua titularidade se espraia, de forma difusa, por toda a sociedade e sobre cada um dos seus membros, ainda que não seja passível de apropriação individual por quem quer que seja.

Diante das controvérsias existentes inclusive na doutrina pátria, principalmente entre os conceitos trabalhados no Direito Administrativo e Ambiental, o que podemos concluir é que os bens ambientais são bens difusos

¹⁷¹ BRASIL. Lei n. 6938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus Fins e Mecanismos de Formulação e Aplicação, e dá outras Providências. Art. 2º, I.

¹⁷² *Op. Cit.* p. 64.

¹⁷³ *Op. Cit.* p. 100.

como já largamente explanado e, de acordo com os próprios preceitos da Carta Magna, distintos dos bens públicos, senão vejamos:

Art. 5º, LXXIII – Qualquer cidadão e parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo **ao patrimônio público** ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, **ao meio ambiente** e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Art. 129, III – São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção **do patrimônio público** e social, **do meio ambiente** e de outros interesses difusos e coletivos. (grifo nosso)

Confirmando tal posicionamento, FIORILLO¹⁷⁴ suscita a análise do artigo 66 do Código Civil de 1916¹⁷⁵ e entende que os bens arrolados em seu artigo I estariam abrangidos no artigo 225 da Constituição Federal, contudo afirma que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁶, que dá origem aos bens difusos, teria sido alterada a disposição legal acerca dos bens públicos por ser lei posterior, o conceito de bens difusos teria abrangido a espécie de bem de uso comum do povo até então constante no Código Civil, concluindo então que a partir desse momento, os bens públicos compreenderiam apenas os bens de uso especial e os dominicais¹⁷⁷, visto que os bens ambientais não são de propriedade de qualquer dos entes federados, devendo estes atuarem como simples administradores, zelando por sua preservação por serem bens pertencentes à coletividade.

¹⁷⁴ *Op. Cit.* p. 56.

¹⁷⁵ Sua análise se dá ainda sob a égide do Código Civil de 1916, contudo no que tange aos bens públicos, não houve qualquer alteração, constando do artigo 99 deste diploma legal que expressamente considera como inconstitucional.

Artigo 99 do Código Civil de 2002 – “São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da Administração Federal, Estadual, Territorial ou Municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de Direito Público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público a que se tenha dado estrutura de Direito Privado”.

¹⁷⁶ BRASIL, Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Artigo 81 parágrafo único, I

¹⁷⁷ No mesmo sentido, Rui Carvalho Piva. *Op. Cit.* p. 115.

4.4. O meio ambiente como bem de uso comum do povo

Seguindo a classificação da Carta Magna, resta demonstrar a origem da classificação do meio ambiente como bem de uso comum do povo, o que há pouco se demonstrou ser um dos três tipos de destinação que os bens públicos podem receber ou apenas a nomenclatura contida no Código Civil¹⁷⁸ absorvida pela idéia de bem difuso¹⁷⁹.

PIVA¹⁸⁰ faz menção à classificação clássica dos bens que abrange os bens de produção, bens de consumo e bens de uso, estando estes ligados à faculdade de uso propiciada pela propriedade, podendo indicar regimes jurídicos distintos, sendo privado se fosse o bem de uso e público se fosse de uso comum do povo.

É importante demonstrar a ressalva feita por DI PIETRO¹⁸¹, que evidencia não serem sinônimas as expressões bem de uso comum do povo e uso comum do bem público:

O uso comum de bem público é o que se exerce, em igualdade de condições, por todos os membros da coletividade, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração. Tal uso comum se opõe ao uso privativo de bem público, que é o que se exerce, com exclusividade, por pessoas determinadas, mediante título jurídico conferido individualmente pela Administração. Assim, o uso privativo ou uso comum podem incidir sobre qualquer das três categorias de bens públicos.

MELLO¹⁸² ensina que os bens de uso comum “servem para serem utilizados indistintamente por quaisquer sujeitos, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e condições que não lhe causem uma sobrecarga invulgar(...)”.

De acordo com as lições de JUSTEN FILHO, os bens de uso comum do povo são afetados por integrarem-se na atuação do Estado e constituírem

¹⁷⁸ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigo 99, I.

¹⁷⁹ De acordo com FIORILLO, ver capítulo anterior que trata da titularidade do bem ambiental.

¹⁸⁰ *Op. Cit.* p.103.

¹⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. p.10.

¹⁸² *Op. Cit.* p. 530.

instrumento para concretização de valores fundamentais, identificando-se pela conjugação da natureza do bem e sua destinação, não sendo tal enquadramento definitivo, e exemplifica:

O ar que respiramos é um bem de uso comum do povo. No passado, reputava-se que o oxigênio e outros elementos livres na atmosfera eram insuscetíveis de apropriação e não se configuravam propriamente como bens jurídicos (tendo em vista sua pretensa inexauribilidade). É necessário reconhecer que a atmosfera envolve interesses transindividuais difusos, de natureza pública. A impossibilidade de apropriação individual exclusiva da atmosfera por um sujeito e a necessidade individual comum a todos os seres humanos de oxigênio para respirar somente pode conduzir ao reconhecimento da existência de bem de uso comum do povo. Cabe ao Estado, bem por isso, adotar providências destinadas a proteger a atmosfera e assegurar sua preservação permanente.¹⁸³

O mesmo autor ainda demonstra que o Estado é o titular de tais bens pelo fato de nenhum sujeito poder deles ter o domínio, excluindo-os da possibilidade de ser apropriados privativamente, contudo isso não significa dizer que os bens são de propriedade do Estado, pois esta abrange as faculdades de uso e fruição privativos que não condiz com a realidade dos bens de uso comum do povo, como o nome já mesmo demonstra, podendo ser fruídos por toda a coletividade desde que assegurada a integridade dos mesmos e a equidade em seu acesso¹⁸⁴.

Com a ressalva feita por MELLO¹⁸⁵ que diz haver a possibilidade de ocorrerem casos em que alguém necessite ou deseje fazer uso especial dos bens de uso comum do povo, casos estes que exigem concordância prévia da administração e que a utilização seja de curta duração, impedindo ou dificultando o acesso pela coletividade, pode-se inferir que tais bens ainda são tratados como se fossem de titularidade estatal e não difusa, o que remete novamente ao questionamento feito por FIORILLO e acompanhado por PIVA, considerando que atualmente o patrimônio público estaria apenas constituído pelos bens de uso especial e os dominicais¹⁸⁶.

¹⁸³ *Op. Cit.* p. 711.

¹⁸⁴ Paulo Affonso Leme Machado (*Op Cit.* pp. 49-52) prevê o acesso equitativo aos recursos naturais em seu rol de princípios gerais do direito ambiental.

¹⁸⁵ *Op. Cit.* p. 530.

¹⁸⁶ Vide apontamento na conclusão do capítulo 4.3 que trata da titularidade do bem ambiental.

Seguindo a mesma linha de raciocínio dos demais ambientalistas, ANTUNES esclarece definitivamente o que podemos entender na atualidade como bem de uso comum do povo:

O conceito de uso comum de todos rompe com o tradicional enfoque de que os bens de uso comum só podem ser bens públicos. Não, a Constituição Federal estabeleceu que, mesmo no domínio privado, podem ser fixadas obrigações para que os proprietários assegurem a fruição, por todos, dos aspectos ambientais de bens de sua propriedade. A fruição, contudo, é mediata, e não imediata. O proprietário de uma floresta permanece proprietário da mesma, pode estabelecer interdições quanto à penetração e permanência de estranhos no interior de sua propriedade. Entretanto, está obrigado a não degradar as características ecológicas que, estas sim, são de uso comum, tais como a beleza cênica, a produção de oxigênio, o equilíbrio térmico gerado pela floresta, o refúgio de animais silvestres, etc¹⁸⁷.

Diante da exposição feita sobre serem os bens ambientais bens pertencentes a toda a coletividade, da classificação dos bens ambientais como bens de titularidade difusa, ou seja, tendo por titulares uma coletividade indeterminada, é oportuno refutar sua qualificação como bens de uso comum do povo pelo fato dessa expressão gerar dúvidas acerca de sua titularidade, mostrando-se mais eficaz a expressão *res communes omnium*, (com toda vênia à Constituição Federal, considerando-os da mesma forma apenas com diferente nomenclatura) expressão esta que será devidamente explicitada logo adiante.

4.5. O meio ambiente como direito humano fundamental

Partindo da premissa de que a Constituição Federal de 1988 configura-se como uma constituição social, com bases principiológicas que se fundamentam nos chamados direitos fundamentais do homem, mister se faz a análise do significado da expressão fundamental para sopesar o significado e o conteúdo do que se chamam direitos fundamentais.

HOUAISS traz como significados da palavra fundamental “que serve de fundamento, de alicerce; que dá início, real ou simbolicamente, a um projeto, construção, obra, etc; que tem caráter essencial e determinante; básico,

¹⁸⁷ **Direito...** *Op. Cit.* p. 68.

indispensável”¹⁸⁸. Partindo desse referencial conceitual é que será exposto o significado de ser um direito classificado como fundamental, o que deve ele conter de tão essencial para ser considerado como indispensável à compreensão do ordenamento jurídico na sua totalidade, para que nem sequer seja indispensável sua previsão legal pois assimilados como tal já no ambiente social, culturalmente.

O precursor da idéia de que o ser humano tem direitos por natureza que nem mesmo o Estado lhe pode subtrair foi John Locke, segundo o qual, “o verdadeiro estado do homem não é o estado civil, mas o natural, ou seja, o estado de natureza no qual os homens são livres e iguais, sendo o estado civil uma criação artificial, que não tem outra meta além de permitir a mais ampla explicitação da liberdade e igualdade naturais”¹⁸⁹, sendo tal idéia acolhida nas Declarações de Direitos Norte-americanos e Revolução Francesa, deixando de lado a concepção de estado absoluto para considerá-lo limitado com vistas a garantir esses direitos.

Deve-se alertar para o fato de que tanto na doutrina quanto nas regras de direito positivo, ocorre a utilização de expressões diversas como sinônimos de direitos fundamentais, como por exemplo, direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades fundamentais, liberdades individuais ou, ainda, direitos humanos fundamentais, contudo, de grande valia é a distinção feita por SARLET segundo o qual direitos fundamentais são direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado enquanto os direitos humanos

(...) guardam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que se revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)¹⁹⁰.

¹⁸⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1404.

¹⁸⁹ *Apud* BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 28-29.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 31.

Observando atentamente essa distinção e diante de tudo que já foi exposto acerca do meio ambiente, resta evidente que sua proteção se faz presente interna e internacionalmente, pois reconhecido como valor essencial a todo ser humano, não se limitando, portanto, a questões territoriais ou à necessidade de previsão constitucional e, por tal motivo, será utilizada a expressão direito humano fundamental, abarcando, portanto, ambas as características assinaladas pelo autor ora citado.

A noção de direitos humanos fundamentais evolui de acordo com a própria evolução humana e do surgimento de novas necessidades, tanto que CANOTILHO considera uma multiplicidade de fatores como pressupostos de direitos fundamentais, pressupostos estes que visivelmente são modificados com o desenvolvimento humano, quais sejam a “capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais”¹⁹¹.

Seguindo este raciocínio, impende reproduzir a lição de BOBBIO que demonstra a relatividade dessa classe de direitos que se modificam conforme as exigências sociais, não existindo, portanto, direitos fundamentais por natureza:

(...) os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar. (...) O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas¹⁹².

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 469.

¹⁹² *Op. Cit.* pp. 18-19.

Essa evolução que ocorre pelo aumento, pouco a pouco, do número de direitos considerados como fundamentais faz com que a doutrina divida-os em gerações¹⁹³, abrangendo a primeira delas os direitos individuais de liberdade, civis e políticos que se apresentavam como forma de proteção dos indivíduos perante o Estado Liberal. Posteriormente, no período compreendido entre o fim do século XIX e início do século XX em que surge o Estado Social e se verifica que os direitos individuais eram insuficientes para enfrentar problemas advindos do capitalismo, apresentam-se os direitos fundamentais de segunda geração, abrangendo os direitos econômicos, sociais e culturais, já exigindo do Estado prestações positivas como saúde, educação e trabalho para assegurar a proteção dos indivíduos.

A terceira geração dos direitos fundamentais engloba os direitos de solidariedade, marcados por sua dimensão coletiva, indeterminabilidade de seus titulares e pelo retorno à idéia de proteção do indivíduo contra o poder proveniente tanto de entidades públicas como privadas. Sua importância decorre do desenvolvimento tecnológico e das conseqüências geradas pelas duas guerras mundiais, abrangendo, portanto, direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à comunicação, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e, principalmente, ao meio ambiente saudável e sadia qualidade de vida, requerendo muitas vezes esforços mundiais para sua efetivação, sendo conhecidos como direitos do Estado Pós-social¹⁹⁴. No que tange

¹⁹³ Vasco Pereira da Silva (*Op. Cit.* p. 22) considera que pode ser equívoca a utilização da expressão “gerações de direitos humanos” se utilizada no sentido de evolução de estágios inferiores para outros mais desenvolvidos que substituem os primeiros e também se entendido que as novas gerações não têm qualquer relação com os direitos individuais do homem, somente abarcando aspirações coletivas. Para o autor, ao se falar em gerações deve-se ter em mente que as mesmas representariam como a matriz comum dessas posições subjetivas se concretiza ao longo do tempo, aprofundando e desenvolvendo as formas de realização da dignidade da pessoa humana.

¹⁹⁴ Neste sentido se apresenta a decisão do Ministro Celso de Mello que claramente demonstra as gerações dos direitos fundamentais: “enquanto os *direitos de primeira geração* (os direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais

a esses direitos, BOBBIO demonstra a importância da proteção aos bens ambientais dizendo que “O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”¹⁹⁵.

Hoje já existe uma quarta geração¹⁹⁶, que seriam aqueles direitos decorrentes da globalização como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, inserindo-se no contexto do Estado Neoliberal, direcionando-se rumo à dissolução do Estado Nacional Soberano por possibilitar a existência de uma sociedade universalizada.

Os direitos fundamentais não se restringem àqueles explicitados no artigo 5º da Carta Constitucional, sendo todos aqueles que têm por conteúdo a liberdade do ser humano. Neste sentido, o sistema constitucional brasileiro em seu artigo 225, *caput*, instituiu o ambiente ecologicamente equilibrado como uma espécie de novo direito fundamental, constituindo direito subjetivo da coletividade humana, podendo-se extrair esse valor do primeiro princípio trazido pela Declaração de Estocolmo de 1972 que assim dispõe: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras”.

Além da necessidade de proteger a vida, atenta-se de forma global para a importância da proteção da vida em sua forma qualificada, ou seja, da vida com qualidade, ligando-se à base constitucional da dignidade da pessoa humana e é neste contexto que se insere a proteção ao meio ambiente equilibrado como forma de garantia da sadia qualidade de vida, garantindo tanto a felicidade individual

indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (STF – Pleno – MS n. 22164/SP, DJ seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206).

¹⁹⁵ *Op. Cit.* p. 6.

¹⁹⁶ CANOTILHO, citado por LEITE (**Dano Ambiental...** *Op. Cit.* p. 91) considera o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida como direitos de quarta geração e assim expõe: “que abrangem as suas sucessivas sedimentações históricas ao longo do tempo: os tradicionais direitos negativos, conquista da revolução liberal; os direitos de participação política, emergentes da superação democrática do Estado Liberal; os direitos positivos de natureza econômica, social e cultural (usualmente designados, de forma abreviada, por direitos sociais), constituintes da concepção social do Estado; finalmente, os direitos de quarta geração, como o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida”.

quanto o bem comum. Neste sentido ANTUNES ensina que “se é uma garantia fundamental do cidadão a existência de uma ação constitucional com a finalidade de defesa do meio ambiente, tal fato ocorre em razão de que o direito ao desfrute das condições saudáveis do meio ambiente é, efetivamente, um direito fundamental do ser humano”¹⁹⁷.

Classificando o direito subjetivo ao meio ambiente na esfera dos direitos fundamentais, CORRÊA afirma ser

(...) um direito originário e de caráter geral, ou seja, que pertence a todos indistintamente de forma natural, não necessitando de ser adquirido; é um direito absoluto, vez que tem eficácia *erga omnes*, podendo ser oposto contra todos; é um direito extrapatrimonial, visto que é de caráter personalíssimo, revestindo-se da indisponibilidade ao qual se adota com reserva o princípio “quem polui, paga”, já que este tem lugar na aferição do responsável pela violação do dever jurídico de não lesar o ambiente, e não na hipótese de ser firmado um novo direito – o de poluir, a partir da compensação financeira às vítimas da poluição danosa, trata-se por fim de um direito imprescritível, já que o homem não perde pelo não exercício durante certo período. É por isto que não há direito adquirido de poluir, em face do reconhecimento normativo posterior à atividade poluidora, do direito subjetivo à proteção ambiental.

SILVA¹⁹⁸ atenta para o fato de que muitos consideram os direitos fundamentais como normas programáticas, implementados pelo Estado na medida de suas possibilidades, o que esvaziaria seu conteúdo normativo e adiaria sua efetiva implementação, ocorrendo isso também com relação à proteção da natureza. Seguindo a mesma linha de pensamento, BOBBIO¹⁹⁹ afirma que importante é demonstrar o modo mais seguro de garantir e proteger os direitos fundamentais e não a especificação de quantos e quais são eles, tendo em vista que essa proteção implica a restrição ou suspensão da proteção de outros direitos do homem com ele incompatíveis²⁰⁰.

¹⁹⁷ **Direito ...***Op. Cit.* p. 25.

¹⁹⁸ SILVA, José Robson da. *Op. Cit.* p.270.

¹⁹⁹ *Op. Cit.* pp. 24-25.

²⁰⁰ Neste sentido, DUARTE (*Op. Cit.* p. 90) expõe que: “Ao fundamentar a proteção do meio ambiente na dignidade da pessoa humana, mediante a consagração de direitos fundamentais, fica devidamente reconhecida a dimensão ético jurídica das questões ambientais, ao mesmo tempo que essa opção implica o afastamento de visões ambientalistas ‘totalitárias’, voltadas para a proteção maximalista do meio ambiente ainda que em sacrifício de outros direitos fundamentais”.

Contudo, refutando este pensamento, ANTUNES afirma sem qualquer sombra de dúvidas que “as normas que consagram o direito ao meio ambiente sadio são de eficácia plena e não necessitam de qualquer norma subconstitucional para que operem efeitos no mundo jurídico. E que, em razão disso, possam ser utilizadas perante o poder judiciário, mediante o rol de ações de natureza constitucional, tais como a ação civil pública e a ação popular”²⁰¹.

Para demonstrar a existência dessas incompatibilidades e a necessidade de prevalência da proteção do meio ambiente, mister se faz a exposição de idéias trazida por LÉVI-STRAUSS:

Ora se o homem começa por ter direitos ao título de ser vivo, daqui resulta imediatamente que esses direitos, reconhecidos à humanidade cessam assim no momento preciso em que o seu exercício põe em perigo a existência de uma outra espécie. Não se trata de ignorar que, como qualquer animal, o homem retira a sua subsistência de seres vivos. Mas esta necessidade natural, tão legítima enquanto exercida à custa de indivíduos, não deveria ir até a extinção da espécie a que eles pertencem. O direito à vida e ao livre desenvolvimento das espécies vivas ainda representadas sobre a Terra pode ser o único a declarar imprescritível, pela muito simples razão de que a desaparecimento de uma espécie qualquer cria um vazio irreparável a nossa escala, no sistema de criação²⁰².

SILVA²⁰³ ressalva a diferença existente entre os direitos das pessoas nas relações jurídicas públicas e privadas e a consideração das realidades ambientais como bens jurídicos, esta implicando a existência de deveres de atuação e abstenção de autoridades legislativas, administrativas e judiciais, como também de privados. Com isso, defende que a melhor forma de defender o ambiente se dá pela tomada de consciência das pessoas acerca dos direitos que possuem nesse domínio e não pela personificação das realidades ambientais, pois permite uma correta ponderação de todos os valores presentes e insere a proteção do meio ambiente na dignidade da pessoa humana, afastando visões ambientalistas totalitárias que sacrificam a existência de outros direitos fundamentais.

O referido autor expõe de forma clara e sucinta as implicações de ser o Direito Ambiental classificado como direito fundamental:

²⁰¹ *Op. Cit.* p. 72.

²⁰² LÉVI-STRAUSS, Claude. **Coação e Liberdade**. In: *O Olhar Distanciado*. Lisboa: Edições 70, 1983. p. 390.

²⁰³ SILVA, Vasco Pereira da. *Op. Cit.* pp. 27 e 28.

- a) que o legislador tem o dever de emitir as normas necessárias à realização dos princípios e das disposições constitucionais relativas ao ambiente. Dever este que, se não for atempadamente realizado, implica a existência de uma inconstitucionalidade por omissão, da mesma forma como o seu cumprimento deficiente, violando as estatuições ou os parâmetros da lei fundamental, é gerador de inconstitucionalidade por acção;
- b) que a Administração se encontra vinculada pelas normas e princípios constitucionais em matéria ambiental, uma vez que o princípio da legalidade da actuação administrativa não significa apenas a submissão à lei mas ao direito no seu conjunto;
- c) que os tribunais, na sua tarefa de julgamento dos litígios, devem concretizar as normas e os princípios constitucionais em matéria de ambiente, tanto no que respeita à interpretação e integração das lacunas da lei, quer relativamente aos juízos de prognose ou de ponderação de valores e de interesses (que não podem esquecer a consideração dos “bens jurídicos” ambientais), quer ainda no que concerne à adaptação, ou mesmo à criação, dos meios processuais adequados a garantir a tutela plena e efectiva dos valores fundamentais em questão²⁰⁴.

A consagração do meio ambiente equilibrado como direito humano fundamental efetiva e amplia outros direitos já existentes como o direito à vida e, como de direito de personalidade, generaliza o que até então era fragmentado a exemplo do direito das águas, direitos florestal, direito agrário, direito da energia, etc., preenchendo lacunas do nosso sistema jurídico para tratar a matéria de forma adequada e satisfazer os anseios sociais.

A obediência a esse direito fundamental somente se efetivará pela concretização da solidariedade social, pela prevalência do interesse comum sobre o individual e isso exige uma tomada de posição por parte dos governos com vistas à conscientização coletiva da importância da manutenção de um meio ambiente equilibrado, sendo um dever de todos a sua preservação e proteção não somente para si mesmos como também para seus descendentes.

4.6. O bem ambiental como *res communes omnium*

Como já visto anteriormente, a visão egoística do Direito Civil que apenas protegia interesses privatísticos, apartando-se totalmente da realidade que o cercava foi alterada, passando o mesmo ramo do direito a recepcionar as influências constitucionais e, conseqüentemente, direitos que não se limitavam à esfera privada, a exemplo da função socioambiental da propriedade. No que tange

²⁰⁴ *Idem.* pp. 64 e 65.

à previsão constitucional, o legislador adotou uma concepção ampla de meio ambiente, pois o considerou em uma visão globalizada e integrada. Chega-se a esta conclusão examinando o conceito da lei ordinária, que considera meio ambiente como “o conjunto de relações e interações que condiciona a vida em todas as suas formas”²⁰⁵.

Seguindo este raciocínio, PIVA assim discorre “A preocupação egoística, privada e pública, na proteção dada pelo direito aos bens, desloca-se para as necessidades coletivas. As suas propriedades econômicas, capazes de qualificar um bem como sendo jurídico, vão dividindo espaço com as suas propriedades afetadas valores da vida”²⁰⁶.

Diante da larga demonstração das alterações decorrentes da evolução do Direito Civil e das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 na própria previsão e proteção legal no que tange ao meio ambiente e às partes que o compõem e também diante das características até aqui abordadas quanto aos bens ambientais, considera-se como um dos resultados alcançados, que aqui se apresenta como tema central, a superação de sua classificação como um bem pertencente a ninguém, passando a considerá-lo, ao contrário, como um bem de todos.

RODRIGUES demonstra os motivos que levaram a superação da classificação dos bens ambientais como *res nullius*, elevando-os à categoria de *res communes omnium*:

A falsa idéia de que os recursos naturais (espécie de recursos ambientais) eram inesgotáveis fez com que fossem tratados como *res nullius* (coisa de ninguém), de que qualquer um poderia se apropriar. A transformação do mundo liberal para o social, o aumento da densidade populacional, a destruição de riquezas pelo homem, a poluição desenfreada no desenvolvimento dos ideais liberais fizeram com que o mundo ligasse o alarme e percebesse que os referidos bens ameaçam se esgotar e que, por isso, têm que ser preservados para que se possa garantir a sobrevivência de todas as espécies. O antigo bem que era *res nullius* hoje é indiscutivelmente *res omnium* (coisa de todos – bem de uso comum)²⁰⁷.

²⁰⁵ BRASIL. Lei n. 6938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus Fins e Mecanismos de Formulação e Aplicação, e dá outras Providências. Art. 3º, I.

²⁰⁶ *Op. Cit.* p. 105.

²⁰⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. Cit.* p. 222.

Com isso, apresenta-se em vias de superação a visão antropocêntrica de meio ambiente que considerava o homem o senhor dos recursos naturais, vistos até então como infinitos e por isso, não protegidos de forma adequada, passando a considerar o ambiente por seu valor intrínseco e essencialidade para as presentes e até mesmo, futuras gerações.

FERRAZ²⁰⁸ foi um dos precursores deste pensamento, alegando que o patrimônio ambiental é “coisa de todos” pois todos teriam interesse jurídico na sua preservação, daí porque o direito reconheceria a essa coletividade o direito subjetivo a sua tutela.

Todavia, esse posicionamento ainda não é unânime para a doutrina²⁰⁹, tanto que Gilles MARTIN, citado por CORRÊA, entende que

(...) o direito positivo não ignora os *biens-environment*, é que a tarefa é dar-lhe o lugar que lhe convém no direito positivo. Considera, ele, que os bens ambientais têm três características: são bens naturais, ou seja, não são produzidos pelo homem e se reservam segundo o processo natural; são bens indispensáveis à vida, e são bens que são objeto de fruição coletiva. Com acerto critica a classificação dos bens ambientais como res communes, citando DESPAX, no sentido de que estes bens que pertencendo a todos, não pertencem a ninguém. As conseqüências deste estado de fato, residem no fato de que utilizando o ar e a água de tal maneira que nenhum outro possa fazer ao mesmo tempo, os poluidores não se contentam apenas de usar os bens ambientais, eles dispõem desses bens. E o direito está praticamente a garantir e consagrar uma espécie de ocupação selvagem dos bens ambientais, desenvolvendo-se uma repartição dos bens ambientais, aos que o ocupam, no caso os poluidores. Por isto a razão da crítica, pois essa classificação, por si só, tem mascarado a apropriação do ambiente por qualquer um. Daí a relevância da noção do ambiente como direito subjetivo fundamental de todos ao desfrute do meio ambiente ecologicamente sadio e equilibrado²¹⁰.

²⁰⁸ FERRAZ, Sérgio. **Responsabilidade Civil pelo Dano Ecológico**. In: Revista Jurídica Themis, n.2, 1979. p. 98.

²⁰⁹ Também criticando tal classificação, Michel MIALLE (*Apud* CORREA. *Op. Cit.* pp. 76-77) assevera que “o uso comum a todos que define as coisas comuns, pode muito bem aplicar-se ao domínio público do Estado. Mas a fórmula bens comuns não deixa de ser vaga, ou melhor, abstrata. Nisto, a idéia de uma propriedade comum exercida pela coletividade não traduz, em absoluto a realidade de nossa sociedade. Na realidade, que se passa de facto? Um fenómeno absolutamente contrario; o de uma progressiva “apropriação”, no plano dos factos, dessas coisas comuns. (...) Quanto aos bens a que os nossos civilistas afirmam não pertencer a ninguém, quem poderia verdadeiramente afirmá-lo – se não fossem os juristas! A água, o ar, o mar, coisas comuns? E eu não refiro apenas as hipóteses, legais, claro, em que um individuo pode dentro de certos limites, ver-lhe reconhecido um direito preferencial de uso, mas todas aquelas em que, em virtude do urbanismo incoerente ou da poluição não reprimida, o ar e a água são reservados a uma minoria”.

²¹⁰ *Apud* CORREA. *Op. Cit.* pp. 81-82.

Significante para essa alteração de pensamento foi o surgimento da Lei da Ação Civil Pública e, posteriormente do Código de Defesa do Consumidor que passaram a regular de forma efetiva os chamados direitos coletivos, principalmente os direitos difusos, pois até então não era aceitável a proposição de que certo bem seria propriedade de todos e de ninguém ao mesmo tempo, que teria por titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis ligadas entre si por certo motivo, podendo até mesmo, no caso da proteção ao meio ambiente, ultrapassar fronteiras territoriais tendo em vista que a degradação ambiental não limita seus efeitos a certos locais, podendo ter caráter global.

Também se faz imprescindível, para que as críticas a essa classificação sejam refutadas, políticas que diminuam as desigualdades existentes entre a sua população e mesmo entre os países e, principalmente, de incentivo a proteção através da educação ambiental, da conscientização das pessoas acerca da importância da preservação do meio ambiente, tornando a mesma mais participativa nas decisões administrativas, pois, conforme previsão legal, além da Administração Pública, também a coletividade é responsável pela manutenção de um meio ambiente equilibrado.

Assim, será utilizado o conceito trazido por GOMES acerca das *res communes omnium* para instigar a reflexão e a conclusão sobre esse trabalho, concordando ou não com ele, contudo tomando conhecimento de toda a evolução aqui apresentada para se alcançar essa classificação:

Há coisas que não podem integrar o patrimônio de quem quer que seja, ainda pessoa de direito público, porque de todos. Chamam-se *res communes omnium*, coisas comuns a todos (o ar, a luz do sol). Não se podem chamar coisas, porque lhes falta o requisito da ocupabilidade. Não há possibilidade, com efeito, de apropriação exclusiva²¹¹.

²¹¹ *Op. Cit.* p. 230-231.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não faz muito tempo, um entrevistador – após uma longa conversa sobre as características do nosso tempo que despertam viva preocupação para o futuro da humanidade, sobre tudo três, o aumento cada vez maior e até agora incontrolado da população, o aumento cada vez mais rápido e até agora incontrolado da degradação do ambiente, o aumento cada vez mais rápido, incontrolado e insensato do poder destrutivo dos armamentos – perguntou-me, ao final, se, em meio a tantas previsíveis causas de infelicidade, eu via algum sinal positivo. Respondi que sim, que via pelo menos um desses sinais: a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos do homem.

Norberto Bobbio, A Era dos Direitos

Com a evolução da ciência jurídica ambiental apresentada no sistema pátrio, principalmente decorrente do advento da Carta Constitucional de 1988, impõem-se novas reflexões acerca do tema em debate que até então tinha tratamento estrito ao Direito Civil além de se apresentar nesse ramo de forma completamente distinta do que se confere hodiernamente.

A doutrina pátria não recai sua atenção - e quando o faz de forma breve não é unânime em suas considerações - para o relevante tema de qual seria a natureza jurídica e a titularidade dos bens ambientais em razão da exigência social adjacente de serem estabelecidos parâmetros concretos de proteção ao bem jurídico. Contudo, impende a nós observar que para uma efetiva proteção

devemos partir de conceitos basilares como estes que aqui se apresentaram na forma de reflexões primárias, visando a contribuir à instigação de maiores discussões e também à superação de controvérsias.

Pela ordem de exposição, finalmente apresentamos uma síntese das conclusões logradas no presente trabalho:

- 01) Embora a preocupação com o meio ambiente não seja recente, sua efetiva proteção de forma política, coletiva e mediata apenas se apresenta a partir de meados do século XX quando se percebe que os ecossistemas afetados pelo processo de industrialização e exploração dos recursos naturais decorrentes do desenvolvimento econômico do ser humano não seriam renováveis ou levariam milhões de anos para se recompor.
- 02) Tendo em vista a efetiva proteção do meio ambiente por considerá-lo como forma de garantia da qualidade de vida de todos, surge um ramo próprio do direito que possibilita a elevação do seu objeto de estudo à qualidade de bem jurídico, qual seja, o Direito Ambiental, ramo dotado de organicidade própria e que estabelece limites à autonomia privada com vistas à manutenção do equilíbrio da relação de dominação do ser humano sobre a natureza.
- 03) O meio ambiente protegido como bem jurídico faz nascer a expressão “bem ambiental”, diferenciando-se dos demais bens abarcados no ordenamento jurídico pelo fato de ter desfrute necessariamente comunitário e não ser possível o comprometimento de seu equilíbrio ecológico pelo fato de se tratar de bem de interesse público e difuso que compõe uma individualidade própria, independentemente da titularidade das partes que o compõe, daí porque ser chamado por parte da doutrina como macrobem.
- 04) A civilística clássica não admitia que os bens ambientais figurassem como objeto de direito pois exigia para tal que os mesmos fossem susceptíveis de medida de valor, apropriáveis e limitados quantitativamente, considerando que os referidos bens não possuiriam qualquer titularidade

(*res nullius*) por existirem em abundância na natureza sem a necessidade de armazenamento ou regulação jurídica.

- 05) Por mostrarem-se insuficientes para abranger a realidade em sua completude e complexidade, muitas alterações se apresentam nos fundamentos do Direito Civil tradicional, o que se demonstra pelos processos de descodificação, ruptura da dicotomia existente entre direito público e privado e, conseqüentemente, sua constitucionalização, repersonalizando-se em decorrência da superação de idéias de completude, unicidade e neutralidade das normas com relação a seu conteúdo que até então concebiam o ser humano como sujeito abstrato no mundo jurídico.
- 06) Em decorrência dessas modificações e pelo surgimento de novas exigências sociais, a clássica concepção de bem ambiental como coisa de ninguém sofre significativa alteração, materializando-se no direito pátrio com a promulgação da Constituição Federal em 1988 que vincula a noção de valor exigida pelos bens jurídicos à noção de bem de vida classificando os bens ambientais como “bem de uso comum do povo” e daí o porquê de se apresentarem insusceptíveis de gozo individual.
- 07) A Carta Constitucional de 1988 é pioneira ao trazer preceitos específicos de proteção ao meio ambiente em capítulo próprio que trata do tema além de dispor de forma explícita ou não sobre a matéria em outras partes de seu texto e, ao efetivar a dignidade da pessoa humana por meio da garantia da sadia qualidade de vida, e içar o meio ambiente à categoria de direito fundamental de terceira geração, impõe um complexo de direitos e deveres à coletividade em geral, dentre os quais o cumprimento da função socioambiental da propriedade privada, que relativiza o que até então se apresentava como direito absoluto e valora qualitativamente o que até então só possuía mérito quantitativo.
- 08) O bem ambiental abarca concomitantemente interesses públicos e difusos pelo fato de que sua tutela jurisdicional pode ser promovida tanto pelo Poder Público como pelo cidadão e, ainda, por gerar posição de vantagem

e utilidade a todo gênero humano; todavia apresenta-se na forma de direito difuso em decorrência da previsão constitucional que o classifica como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, recebendo, por tal motivo, tratamento jurídico diferenciado pelo fato de ter como titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato e por ser impossível sua divisibilidade. E, para evitar confusões terminológicas entre o bem de uso comum até então existente no Código Civil como espécie de bem público, mostra-se preferível a utilização da expressão “res communes omnium”.

- 09) Por fim, o que podemos retirar de todo o exposto, dessa construção histórica e conceitual aqui apresentada, é que a visão antropocêntrica do meio ambiente está ainda em vias de superação, rumando o mesmo hoje no sentido de ser considerado em razão de seu valor intrínseco e essencialidade às presentes e futuras gerações. O bem ambiental é “coisa de todos” por haver um interesse comum na sua preservação, contudo esse posicionamento exige políticas de diminuição de desigualdades sociais e entre os próprios países além da conscientização e participação popular para que seja efetivada a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O presente trabalho bem como as conclusões acima arroladas têm por escopo fornecer, modestamente, as bases imprescindíveis para a análise do tema, buscando alcançar o desenvolvimento científico dessa realidade jurídica autônoma e multilateral que é o “bem ambiental”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. **Direito Ambiental**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: (das raízes aos fundamentos contemporâneos). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coordenador). **Dano Ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Rio – Sociedade Cultural, 1979.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CORRÊA, Elizeu de Moraes. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. Curitiba, 1989. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil**. 19.ed. ver. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio Ambiente Sadio: direito fundamental em crise**. Curitiba: Juruá, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. (coordenador). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRAF, Ana Cláudia Bento. **Biodiversidade**: possibilidade e limites de sua proteção jurídica. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____; BELLO FILHO, Ney de Barros (organizadores). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Olhar Distanciado**. Lisboa: Edições 70, 1983.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith (organizadora). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____; NERY JUNIOR, Nelson; FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. **Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral, tomo II**. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, v.1: parte geral**. 39.ed. rev.e atual. Por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental: sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1992.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva M. de.; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Direito, Meio Ambiente e Cidadania: uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: Madras, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 1.ed. rev.e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem Ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MILARÉ, Édís (coordenadores) n. 15, ano 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. julho-setembro 1999.

_____.n. 38, ano 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. abril-junho 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**: parte geral. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico**: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito**: lições de direito do ambiente. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. (coordenador). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (Coordenadores). **Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.