

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Oscar Aloísio Lehmann Rabuske

**O DIREITO DE PROPRIEDADE EM CONFLITO COM A DESAPROPRIAÇÃO
PARA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL**

Santa Cruz do Sul
2019

Oscar Aloísio Lehmann Rabuske

**O DIREITO DE PROPRIEDADE EM CONFLITO COM A DESAPROPRIAÇÃO
PARA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Cássio Alberto Arend

Santa Cruz do Sul
2019

A minha família por todo o apoio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo apoio e palavras de carinho.

Ao professor Ms. Cássio Alberto Arend, a quem despendo grande admiração profissional, por ter me orientado e guiado durante a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho aborda o instituto da limitação administrativa para fins de preservação ambiental e sua interferência no direito de propriedade, investigando as formas de desapropriação e o direito do proprietário buscar indenização perante a Administração Pública. Diante de tal situação, considerando o crescente aumento das limitações administrativas impostas pela administração pública em face da propriedade privada, bem como a necessária preservação do meio ambiente, busca saber qual é o limite jurídico da administração pública para impor limitações ao uso da propriedade em face à garantia constitucional da propriedade privada. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, partindo-se do estudo da proteção da propriedade privada nas Constituições Brasileiras, bem como do avanço da tutela constitucional e infraconstitucional no que tange a proteção ao Meio Ambiente e entendimento do Poder Judiciário, nas hipóteses em que a tutela ao Meio Ambiente equilibrado ultrapassa os limites da propriedade privada, causando ônus ao proprietário. É de fundamental importância o estudo do tema, visto que cada vez mais é discutida a necessidade de preservação ambiental, para que a natureza não seja sacrificada por conta das atitudes dos humanos. Em contrapartida, gradativamente, mais áreas de propriedade privada serão declaradas como de preservação, impossibilitando o uso por parte do proprietário, tendo o presente trabalho, abordado a Ação de Desapropriação Indireta, ação pela qual o proprietário terá chances de pleitear indenização pela limitação administrativa e esvaziamento econômico que teve em sua propriedade.

Palavras-chave: Desapropriação. Indenização. Meio Ambiente. Preservação Ambiental. Propriedade Privada.

ABSTRACT

This paper deals with the institute of administrative limitation for environmental preservation purposes and its interference with property rights, investigating the forms of expropriation and the right of the owner to seek compensation from the Public Administration. Given this situation, considering the growing increase in administrative limitations imposed by the public administration in relation to private property, as well as the necessary preservation of the environment, seeks to know what is the legal limit of public administration to impose limitations on the use of property in the face of constitutional guarantee of private property. The method of approach used is the deductive one, based on the study of the protection of private property in the Brazilian Constitutions, as well as the advancement of constitutional and infraconstitutional protection with regard to the protection of the environment and understanding of the judiciary, in the hypotheses in which balanced environmental protection goes beyond the limits of private property, causing the owner a burden. The study of the theme is of fundamental importance, as the need for environmental preservation is increasingly discussed, so that nature is not sacrificed because of human attitudes. On the other hand, gradually, more areas of private property will be declared as preservation, making it impossible for the owner to use it. The present work dealt with the Indirect Expropriation Action, an action by which the owner will have the chance to claim compensation for administrative limitation and economic drain on your property.

Keywords: Environment. Environmental Preservation. Expropriation. Indemnity Private Property.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	DIREITO DE PROPRIEDADE	09
2.1	Histórico constitucional da propriedade privada.....	09
2.2	Função social da propriedade privada.....	17
2.3	Função ambiental da propriedade.....	20
3	PRESERVAÇÃO AMBIENTAL	24
3.1	A preservação ambiental insculpida na Constituição Federal.....	24
3.2	Legislação infraconstitucional sobre preservação ambiental.....	28
3.3	Do Sistema Nacional de Unidade de Conservação -Lei 9.985/2000.....	34
4	LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM FACE DA PROPRIEDADE PRIVADA PARA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL.....	38
4.1	A imposição de restrições ao uso e gozo da propriedade privada por parte da Administração Pública.....	38
4.2	Entendimento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 134.297.....	43
4.3	A ação de desapropriação indireta como forma do proprietário pleitear indenização perante a Administração Pública	47
5	CONCLUSÃO.....	52
	REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico aborda a propriedade privada, trazendo a evolução histórica do conceito de propriedade, desde o começo da civilização humana, no qual os nômades viviam em propriedades coletivas, tendo como bens privados somente os itens móveis até o conceito de propriedade tido na pós modernidade. Com o passar do séculos e organização das pessoas em sociedade, surgiu o conceito da propriedade privada, tendo como precursor o regime Romano, no qual o governo fornecia ao cidadão romano o direito de utilizar do patrimônio coletivo para produzir, tendo tal regime sido denominado de quiritário.

O regime quiritário foi o primeiro regime de propriedade privada, sendo que a permanência das famílias na propriedade e evolução humana, com o passar dos séculos o conceito de propriedade foi moldando-se com cada período histórico. Neste contexto, o trabalho aborda a evolução do conceito de propriedade desde os primórdios da sociedade até a Pós modernidade. No Brasil a proteção da propriedade privada está insculpida na Constituição desde a primeira, ainda na época do Império.

Assim, considerando que o direito a propriedade privada está garantido em nossa Constituição, no presente trabalho monográfico analisa-se o instituto da limitação da propriedade privada em prol da preservação ambiental, abordando a possibilidade do Estado indenizar os proprietários, em razão da limitação imposta ao direito de propriedade. Neste contexto, objetiva-se analisar o instituto da limitação administrativa para fins de preservação ambiental e sua interferência no direito de propriedade, investigando as formas de desapropriação e o direito do proprietário buscar indenização perante a Administração Pública.

A principal questão a ser respondida com este trabalho reside na busca do limite que a Administração Pública possui ao interferir na propriedade privada sob a justificativa de preservação ambiental, delimitando as situações em que o proprietário faz jus ao recebimento de indenização. O método utilizado para a concretização da pesquisa foi o dedutivo.

Neste viés, no primeiro capítulo abordamos o histórico da proteção da propriedade privada nas Constituições brasileiras, bem como a função social da propriedade e função ambiental da mesma.

No segundo capítulo, para objetivar a discussão sobre as limitações administrativas impostas pelo Poder Público em face da propriedade privada para fins

de preservação ambiental, abordamos a legislação constitucional e infraconstitucional que versa sobre a preservação ambiental, bem como as formas de limitação administrativa na propriedade privada.

No terceiro capítulo, abordamos as limitações administrativas impostas pelo Poder Público em face da propriedade privada, posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o dever de indenizar por parte do Poder Público, após, de forma irregular, proceder o apossamento administrativo de propriedade privada e a Ação de Desapropriação Indireta, ação essa movida pelo proprietário, para postular indenização.

O estudo do tema em comento é de fundamental importância, pois as limitações em face da propriedade são cada vez mais constantes, tendo em vista que a preservação ambiental mostra-se necessária para garantir o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, sendo imposta a limitação da propriedade e demonstrado prejuízo ao proprietário, o presente trabalho demonstra a medida legal cabível ao mesmo, para postular indenização.

2 DIREITO DE PROPRIEDADE

No presente capítulo, busca-se analisar o direito de propriedade privada sob o prisma constitucional, trazendo à baila o histórico constitucional da propriedade privada, bem como a função social e ambiental da propriedade insculpida no texto constitucional.

2.1 Histórico constitucional da propriedade privada

Antes de adentrar na evolução do direito de propriedade no Brasil, mister tecer comentários sobre o surgimento do conceito de propriedade privada, que teve suas primeiras manifestações em Roma. Neste sentido:

Antes da época romana, nas sociedades primitivas, somente existia propriedade para as coisas móveis, exclusivamente para objetos de uso pessoal, tais como peças de vestuário, utensílios de caça e pesca. O solo pertencia a toda a coletividade, todos os membros da tribo, da família, não havendo o sentido de senhoria, de poder de determinada pessoa. A propriedade coletiva primitiva é, por certo, a primeira manifestação de sua função social (VENOSA, 2008, p. 149-150).

A referida propriedade coletiva primitiva ocorria em razão das tribos possuírem a característica de nômades, não tendo ligação com a referida propriedade, estando o grupo usufruindo dos recursos naturais de determinada área, sendo que ao cessarem os recursos, a tribo seguia para outro território (VENOSA, 2008).

Tais povos não possuíam a ideia de propriedade individual, pois o grupo produzia e exercia a atividade em coletivo, haja vista que a fonte de subsistência era a caça, pesca, frutos, de modo com que, todos colaboravam na coleta dos alimentos e lhes consumiam de forma compartilhada.

Com o passar dos séculos e avanço da sociedade organizada por meio de regras, surgiu a figura da propriedade privada. Conforme a doutrina, a mesma tem sua origem no direito romano, período no qual, como forma de organizar o Estado, o indivíduo, recebia terras para cultivar.

No regime romano, não havia a divisão de propriedade privada e pública, mas sim a coletividade, responsável pelo exercício da soberania. Neste ponto, Pilati (2013, p. 38) menciona que “em Roma a soberania é partilhada entre todos, e a coerção é

exercida por alguém eleito, e mediante *imperium*- primeiro o rei e depois os magistrados; na Modernidade, soberania e coerção enfeixam-se no Estado.”

O formato de concessão de propriedades para produção, foi denominado de regime quiritário, no qual, para fazer jus ao direito de produzir na terra, o cidadão deveria ser romano. O regime quiritário era baseado na coletividade, tendo os cidadãos romanos o direito de possuir e fruir do patrimônio coletivo. Nas palavras de Pilati (2017, p. 37), “num aglomerado de famílias, numa estrutura agrária escravista de subsistência, que crescia pelas conquistas, o Direito quiritário era um direito sobre o *distribuído*, numa espécie de condomínio *pró diviso*.”

Assim, no intuito de cultivar o solo e gerar riquezas, o governo, por meio de concessões de áreas de terra, fornecia aos cidadãos romanos, o direito de plantar e usufruir da terra. Em troca da concessão da propriedade, os cidadãos necessitam torná-la produtiva, utilizando para tanto mão de obra da familiar e de escravos.

Ao receber a concessão e produzir na terra, o cidadão romano era responsável pelo pedaço de terra que lhe foi concedido pelo governo, sendo que tornou-se padrão a renovação da concessão ao final da safra, no intuito de possibilitar que o cidadão romano cultivasse a próxima safra. Sobre tal situação:

[...] Nesse primeiro período do Direito Romano, o indivíduo recebia uma porção de terra que devia cultivar, mas, uma vez terminada a colheita, a terra voltava a ser coletiva. Paulatinamente, fixa-se o costume de conceder sempre as mesmas porções de terra às mesmas pessoas ano após ano (VENOSA, 2008, p. 150).

Tal forma de agir, acarretou na perpetuação dos mesmos cidadãos sob o mesmo solo por longos períodos, de modo com que as famílias construíssem suas casas na propriedade fornecida para a produção. Tal movimento deu início ao sentimento de que a referida área era de propriedade do *Pater familias* (chefe da família), podendo permanecer ali de forma contínua (VENOSA, 2008).

Imperioso mencionar que no regime quiritário, o chefe da propriedade era denominado de *Pater familias*, cidadão romano, sendo que a transferência de tal propriedade deveria ocorrer para outro membro da família ou para cidadão romano.

No entanto, com o passar dos anos, com o aumento da população e estrangeiros residentes em Roma, estes buscavam a propriedade, realizando por vezes contratos que segundo a norma legal, não lhes concederia direito algum sobre

a propriedade ocupada. Em razão destas transações realizadas, que não atendiam aos rígidos requisitos do então regime quiritário, como forma de proteger os adquirentes, surgiu o regime *bonitaria*, que resguardava o direito destes, que estavam na posse e produziam nas propriedades, mas não atendiam aos requisitos do regime quiritário e estavam sofrendo sanções por não serem cidadãos romanos, o que não poderia lhes prejudicar, haja vista que o negócio havia sido entabulado. No que tange a proteção jurídica dos cidadãos que não atendiam aos requisitos:

Vale dizer que o Direito nunca revogou os institutos quiritários, mas outorgava proteção jurídica às novas situações, permitindo dessa forma a Roma incorporar o crescimento pela criação de instituições especiais: a par da propriedade quirítaria, a bonitária; em oposição à *hereditas*, a *bonorum possessio*; e ao lado da *obligatio*, o *debitum pretoriano*. Assim se criaram a propriedade peregrina e a propriedade provincial, todas garantidas por autoridades judiciárias locais, que também criavam exceções e ações. Nada se revogava, mas o novo se criava ao lado, exatamente como se deve proceder na passagem da Modernidade à Pós – Modernidade (PILATI, 2017, p. 41).

Neste contexto, tem-se que com o passar dos séculos, a questão relativa a propriedade foi adaptando-se as mudanças industriais e sociais, sendo que com o aumento das negociações entre particulares, avanços na área da indústria, no decorrer dos séculos, houve uma valorização do bem individual em face do coletivo.

Neste contexto de mudanças no conceito da propriedade no avanço dos séculos, no Brasil, o direito de propriedade privada está assegurado desde a época do império, tendo recebido dispositivo na primeira constituição brasileira, elaborada pelo conselho de estado e outorgada pelo então imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824. A referida Constituição em seu artigo 179, inciso XXII, tem a seguinte redação:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
[...]

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. (BRASIL, 1824, <<http://www.planalto.gov.br> >).

Ante a leitura do artigo supramencionado, percebe-se que desde a primeira constituição brasileira, o direito à propriedade está assegurado, sendo que inclusive existe a previsão de indenizar o proprietário, caso a administração pública necessitasse da área. Posteriormente, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, manteve a proteção ao direito de propriedade, tendo em sua redação o termo da desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

A Constituição de 1891, sofreu emenda, tendo após a emenda constitucional de 3 de setembro de 1926, a proteção à propriedade privada, resguardada na Constituição, sob a seguinte redação:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

[...]

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

a) As minas pertencem ao proprietário do sólo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

b) As minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros. (BRASIL, 1891, <<http://www.planalto.gov.br>>).

A Constituição de 1824, bem como a de 1891, concedem ao proprietário o livre uso e gozo de sua propriedade, sendo tal direito inviolável, salvo necessidade de desapropriação.

No entanto, até então não se tinha preocupação social e coletiva para com a propriedade, podendo o proprietário fazer o uso e gozo como bem entendesse, independentemente de causar danos coletivos. Na época não tinha divisão de bem comum do povo, valorizava-se o direito de propriedade privada, sob o prisma de que o dono poderia usar e gozar da mesma, como bem quisesse, independentemente de causar danos aos demais cidadãos.

Ao contrário do padrão até então estabelecido, a Constituição de 1934 foi pioneira ao modificar tal situação, trazendo ao texto constitucional, no capítulo dos direitos e garantias individuais, que a propriedade não poderia ser exercida de forma contrária ao interesse social ou coletivo, conforme dispõe o artigo 113, nº 17:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (BRASIL, 1934, <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>).

O referido dispositivo foi o primeiro a instituir a figura da função social da propriedade, o que será objeto de análise adiante. No entanto, ao ser instituído o regime do Estado Novo, a Constituição de 1937 (BRASIL, 1937, <<http://www.planalto.gov.br>>) decretada por Getúlio Vargas, garantiu o direito de propriedade (art. 122, nº 14), mas deixou de fora o interesse social e coletivo.

Com o fim do governo Getúlio Vargas, em 18 de setembro de 1946, foi promulgada a Constituição Federal, tendo está em seu artigo 141, §16 (BRASIL, 1946, <<http://www.planalto.gov.br>>) garantido o direito de propriedade e no artigo 147, dispõe que “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”. Assim, percebe-se que a Constituição de 1946 resgata a função social da propriedade, que havia sido deixado de lado na Constituição de 1937.

A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, mantiveram o direito de propriedade em consonância com a redação da Constituição de 1946, sem grandes alterações.

Diferentemente das demais e de forma inovadora, a constituição cidadã de 1988, traz o direito de propriedade como cláusula pétrea, bem como faz menção expressa a função social da propriedade, conforme dispõe o artigo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988, <<https://www.planalto.gov.br>>)

O exposto acima demonstra que o direito de propriedade é assegurado desde o período do império, sendo que as garantias e proteções foram sofrendo alterações

até a publicação da Constituição de 1988. Tal histórico do direito de propriedade na Constituição é necessário para o deslinde do trabalho, pois demonstra que no decorrer dos séculos, a questão referente a garantia de propriedade, desapropriação e interesse social da propriedade foi discutido e atacado de diferentes modos nas Constituições pretéritas.

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988 é a mais completa no tocante ao direito de propriedade, pois resguarda o direito do cidadão em adquirir, usar e gozar da propriedade e também impõe deveres ao proprietário. Tais deveres, dispostos na Constituição, fazem com que os proprietários utilizem a área de forma equilibrada, utilizando a propriedade para gerar renda, bem como mantendo áreas de preservação, para garantir um meio ambiente saudável no futuro.

Neste contexto, tem-se que a Constituição Federal de 1988 é expressa no sentido de que a propriedade privada não está restrita ao uso e gozo exclusivo do interesse de seu proprietário. Cabe ao proprietário utilizar a propriedade de maneira coesa, com técnicas adequadas para atender a função social da propriedade, o que aliás é o tema do próximo subcapítulo.

Percebe-se que o direito de propriedade está resguardado na Constituição Federal, sendo que diante do exposto em nossa constituição, tem-se que a divisão entre público e privado, já não é suficiente para atender aos ditames constitucionais e resguardar o direito coletivo.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, traz o resguardo ao direito do indivíduo em empreender na busca de riquezas, mas sobrepõe o interesse coletivo a saúde, meio ambiente equilibrado, educação, promoção do bem estar social.

Assim, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 abrange a necessidade de preservação ambiental em prol do bem comum do povo de maneira muito mais ampla do que nas Constituições anteriores. Neste sentido:

A Lei Fundamental reconhece que os problemas ambientais são de vital importância para a nossa sociedade, seja porque são necessários para a atividade econômica, seja porque considera a preservação de valores cuja mensuração é extremamente complexa. Vê-se, com clareza que há, no contexto constitucional, um sistema de proteção do MA que ultrapassa as meras disposições esparsas. Aqui reside a diferença fundamental entre a Constituição de 1988 e as demais que lhe precederam. Em 1988 buscou-se estabelecer uma harmonia entre os diferentes dispositivos voltados para a defesa do MA. A Norma constitucional ambiente é parte integrante de um complexo mais amplo e podemos dizer, sem risco de errar, que ela faz a interseção entre as normas de natureza econômica e aquelas destinadas à

proteção dos direitos individuais. Decorre daí parte da grande complexidade do DA e de sua aplicação prática e concreta (ANTUNES, 2005, p. 53).

Frente a tamanha responsabilidade imposta na Constituição, por conta do conceito da modernidade não abarcar a todas as necessidades, surge o conceito da Pós-modernidade. Neste conceito, a Constituição brasileira traz a subdivisão entre a propriedade comum e a especial. Para Pilati (2017, p. 44) o referido sistema se dá da seguinte forma:

O constitucionalismo brasileiro contemporâneo, pois, consagra dois sistemas, que se fundem na Pós-Modernidade; o da propriedade comum, que possui princípios e regras próprias e representa a grande conquista moderna da liberdade individual perante o Estado, o público, e os demais indivíduos; e o outro, materializado nas propriedades especiais, que se pautam por outras normas de exercício e tutela, orientadas pelo coletivo e pela função social. As propriedades de uma e de outra categoria possuem titular, objeto, exercício e tutela diferenciados, mas convivem em harmonia, num sistema, assim, muito mais complexo do que o romano.

Conforme exposto acima, a Pós-Modernidade funda-se na existência da propriedade comum, disposta no artigo 1.228 do Código Civil, na qual possui o Estado e o indivíduo, resguardando o direito individual, sendo que tal conceito atrelado ao disposto na letra fria da lei, possibilita ao proprietário usar como bem entender a propriedade, desde que respeitado os limites legais.

Diferentemente do que ocorre na propriedade comum, a propriedade especial prioriza a coletividade, no intuito de garantir que os preceitos constitucionais sejam aplicados na prática e não fiquem restritos ao texto constitucional. Dentro do contexto de propriedade especial, a doutrina possui subdivisões de classificação como propriedades especiais particulares, as público-privadas e as propriedades especiais coletivas, esta última não será objeto de análise.

Nesta subdivisão, as propriedades especiais particulares são destinadas ao comércio, indústria e moradia, possuindo regime jurídico de direito real, podendo ser adquirida nos moldes do Código Civil e sofrer limitações administrativas, para resguardar o cumprimento da função social. Assim, tem-se que atualmente tais limitações advêm de legislação que visa organizar a distribuição do solo, como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), bem como por discussões municipais em relação ao plano diretor, que definirá, por exemplo as áreas de preservação (PILATI, 2017).

Nesta perspectiva de Pós-modernidade, tem-se que as discussões sobre o parcelamento do solo urbano, já não são mais impostas pela administração e regidas pela letra fria da lei. Neste sentido:

[...]É a comunidade municipal, mediante lei e instrumentos participativos e democráticos, ou seja, pelo pluralismo jurídico, quem define o conteúdo específico do uso e gozo do solo na dimensão social e também particular, por consequência. Pluralismo que expressa conciliação de todos os interesses comunitários: particulares, públicos, ambientais, coletivos – e que positivados no plano diretor vão definir o exato conteúdo de direito de cada unidade e modelo de cidade. (PILATI, 2017, p. 50)

O referido método de análise e discussão sobre o parcelamento do solo, vai ao encontro do avanço constitucional, no qual a pluralidade toma o espaço da singularidade de análise no que se refere ao direito de propriedade, no intuito de pôr em prática as técnicas de preservação e cumprimento da função social, imposta pela Constituição.

As propriedades especiais público privada, referem-se a exploração de bens nacionais como gás natural, petróleo e outros recursos minerais extraídos do solo brasileiro. Tal exploração ocorrerá por empresa pública ou privada, desde que preenchidos os requisitos do artigo 176, §1º da Constituição Federal e disposição da legislação infraconstitucional específica de cada área (PILATI, 2017).

Para que o mineral seja explorado, independentemente da propriedade sobre o imóvel, a titularidade dos minerais encontrados no solo pertencem à União, conforme dispõe o Caput do artigo 176 da Constituição Federal. Assim, para Pilati (2017, p. 57) “o caráter especial dessa propriedade decorre do objeto, da investidura pública e do regime de utilização por leis próprias, mediante empresas privadas ou públicas[...].”

Tais subdivisões possuem o condão de assegurar que os bens coletivos sejam protegidos e explorados em constância com as normas vigente, para que, a Constituição Federal, proteja os direitos individuais e coletivos, fazendo com que tanto a propriedade pública, tanto a privada atendam a função social e ambiental.

2.2 Função social da propriedade privada

O direito à propriedade privada está assegurado desde a primeira constituição, outorgada na época do império. No entanto, daquela época até a publicação da Constituição Federal de 1988, a questão relativa ao direito de propriedade sofreu alterações. Na época do império, era assegurado o direito de propriedade, podendo o proprietário usar e gozar da mesma como bem entendesse.

No entanto, conforme exposto, as mudanças mundiais no que tange a preocupação social, ambiental, econômica, fizeram com que o direito de propriedade fosse analisado sob outro prisma. Assim, o direito de propriedade assegurado, passou a ser analisado em conjunto com a função social.

A previsão constitucional estabelece uma necessária conciliação entre a dimensão individual da propriedade e sua relevância social. Para tanto, a propriedade trata-se de um *direito* subjetivo, porém com uma *função* necessariamente social, numa circunvisão comunitária. (CARVALHO, 2018, <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/33089/26017>>)

Neste contexto, temos que com o advento da Constituição Federal de 1988, a propriedade deixou por definitivo de ser analisada como bem individual, na qual o proprietário pode usufruir como bem entender, para ser analisada sob a égide de um contexto social. Neste contexto social, tem-se que o aspecto social da propriedade privada deve atender ao coletivo, não significando que o proprietário irá perder a autonomia da propriedade.

Pelo contrário, a função social da propriedade visa estabelecer um elo entre o direito individual e o coletivo, no sentido de que o uso individual da propriedade para angariar riquezas, não poderá prejudicar o direito coletivo a saúde, meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, caso o indivíduo, em sua propriedade, sem licença desmate, queime a vegetação, polua rios, estará ferindo o direito coletivo.

Imperioso mencionar que a Constituição Federal é expressa no tocante ao poder dos cidadãos, por meio de denúncias, pedido de acesso a informações, ações populares, se insurgirem contra atos que lesem bem de uso comum do povo. Ante a tal previsão constitucional, a função social da propriedade na Constituição Federal aparece como:

[...]A CRFB não diz o que seja função social, mas deixa claro – em todo contexto- que se trata de princípio ativo que vincula dinamicamente toda tenência, todo poder econômico, todo poder político, e a ordem social. Ativo porque inspira e define papéis às esferas da Federação, aos órgãos públicos, aos particulares e à Sociedade em todas as dimensões que se apresentem (PILATI, 2017, p. 120).

Neste contexto, percebe-se que cabe ao Estado instituir políticas públicas, bem como fiscalizar as atividades, para assegurar que os direitos individuais e coletivos assegurados na Constituição sejam usufruídos pelos cidadãos. Por outro lado, cabe os cidadãos fiscalizarem e cobrarem o fornecimento dos direitos sociais garantidos, bem como compreenderem que fazem parte do coletivo, motivo pelo qual, não pode o indivíduo cobrar do Estado, enquanto que em sua propriedade desmata, polui, faz uso de produtos proibidos, visando somente o lucro individual, em detrimento do coletivo.

Considerando que a Constituição Federal assegura o direito de propriedade e da relevância dos direitos coletivos, tem-se que ambos devem andar em conjunto. Assim, percebe-se que o direito de propriedade, necessita ser utilizado de forma a com que sejam preservados os direitos coletivos.

A função social da propriedade está assegurado na Constituição Federal no artigo 5º, XVII, XXIII e artigos 170, I, II, bem como nos artigos 182 a 191. Os respectivos artigos dispostos na Constituição Federal, de forma expressa demonstram o compromisso da Constituição com o caráter social da propriedade.

Neste contexto, percebe-se que os direitos coletivos possuem enorme relevância, haja vista que versam sobre o direito a saúde, educação, meio ambiente, motivo pelo qual, o Estado, utilizando de seu poder, impõe limites ao proprietário, no intuito de forçá-lo a utilizar a propriedade em consonância com os preceitos constitucionais que resguardam os direitos coletivos. Sobre o assunto, cabe trazer os ensinamentos:

Há, portanto, uma tutela da propriedade formalmente individual, estando assim asseguradas suas características privadas de exclusividade e perpetuidade, desde que seu exercício esteja alinhado com as exigências materialmente sociais. Não se deve, portanto, compreender a propriedade como comprometida, esvaziada ou mesmo relativizada, mas sim *condicionada* a fins socialmente relevantes e impositivos de deveres. (CARVALHO, 2018, <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/33089/26017>>)

Assim, tem-se que o indivíduo, proprietário de área, têm assegurando o direito de usar e gozar da propriedade como bem entender, desde que suas ações não contrariem e prejudiquem os direitos coletivos. No mesmo sentido, o Código Civil, no artigo 1228, § 1º, trouxe a seguinte redação:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ou seja, é sabido que indivíduo proprietário tem o direito de usar e gozar da propriedade, buscando utilizar a mesma como fonte de renda e geração de riquezas, sendo que para tanto necessita explorar os recursos naturais como meio para tal fim. Porém, conforme já mencionado, não pode o proprietário justificar a necessidade de exploração da propriedade para gerar empregos e renda em detrimento de outros direitos coletivos.

Significa dizer que, por exemplo, uma propriedade rural com grande produção e número de funcionário, caso a mesma, para conseguir atingir tais quantias, polua o meio ambiente, desmate, não estará cumprindo a sua função social, pelo contrário, trará prejuízos imensuráveis para a coletividade. Neste contexto, o não cumprimento da função social da propriedade por parte do proprietário pode ensejar ação de desapropriação por interesse social.

A propriedade, portanto, tendo em vista sua função social, sofre limitações de várias naturezas, desde limitações impostas no Código Civil de 1916, bem como no de 2002 em razão do direito de vizinhança, até as de ordem constitucional e administrativa para preservação do meio ambiente, fauna, flora, patrimônio artístico etc. (VENOSA, 2008, p. 157)

Assim, percebe-se que a função social da propriedade insculpida de forma expressa na Constituição Federal, é uma forma de controle do ente administrativo no direito de propriedade do indivíduo, como forma de garantir que o exercício do direito de uso e gozo privado da propriedade, não prejudique o direito coletivo expresso na Constituição Federal.

Deste modo, tem-se que a função social da propriedade está diretamente atrelado a função ambiental da propriedade, diferenciando-se as duas no tocante a abrangência de cada uma, pois a função social atinge a propriedade privada, enquanto que a função ambiental, abrange a propriedade privada e pública.

2.3 Função ambiental da propriedade

Conforme exposto acima, o uso e gozo da propriedade privada está diretamente atrelado ao cumprimento da função social da propriedade, para que sejam respeitados tanto os direitos individuais, tanto os coletivos.

Nesta seara, tem-se que a função ambiental da propriedade está atrelada a função social da propriedade, haja vista que ao impor limitações administrativas, o poder público interfere diretamente nos interesses financeiros do proprietário, haja vista que tais limitações impedem o uso desenfreado da propriedade, sob a justificativa da necessária preservação ambiental.

Tais limitações impostas pela administração pública tem condão de garantir que o proprietário utilize a propriedade em consonância com as normas impostas na legislação, justamente para garantir que os direitos coletivos sejam respeitados.

Neste contexto, frente as catástrofes climáticas que assolam o mundo e constante mudança no comportamento do clima, a preocupação com a preservação ambiental, formas de extrair menos recursos naturais e poluir menos, estão sendo pautados em fóruns mundiais.

Desta forma, tem-se que ao contrário da função social, que atinge os bens individuais, a função ambiental da propriedade não pode ficar restrita aos bens privados, haja vista que independentemente de ser pública ou privada, o manejo inadequado, causará danos ao meio ambiente e conseqüentemente fere os direitos coletivos. (CARVALHO, 2018)

Assim, não há dúvidas de que tanto a propriedade privada, tanto a propriedade pública, devem cumprir com os princípios constitucionais e legislação específica, para preservar a natureza. Neste ponto, as lições de (CARVALHO, 2018, apud ANTUNES, 2011, p. 33):

A função ambiental independe do regime dominial, pois uma floresta, pública ou privada, desempenha a função ambiental, ou não, sem que o *status*

jurídico de seu proprietário seja relevante. Aliás, somente a desatenção a realidade pode ver contradição entre regime de propriedade e proteção ao meio ambiente. Assim, parece-me um despropósito tratar da propriedade, em relação ao seu aspecto ambiental, utilizando-se o já quase centenário conceito da função social da propriedade.

O status jurídico da propriedade independe quando o assunto é função ambiental, pois ambas desempenham a função ambiental, devendo ser protegida de igual modo.

No que tange ao aspecto constitucional da necessidade de atendimento da função ambiental, a Constituição Federal, no artigo 225, dispõe:

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. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>)

Ante a leitura do artigo 225, caput da Constituição Federal, percebe-se que o mesmo demonstra que a função ambiental da propriedade transcende a divisão público e privado, impondo tanto ao privado, tanto a administração pública o dever de preservar o meio ambiente.

Cabe salientar que atualmente a administração pública, amparada na função ambiental da propriedade, cria normas que restringe ou impede o uso da propriedade pelo proprietário, o que será analisado adiante. No entanto, sua atuação não deve ficar restrita a realização de normas e fiscalização dos proprietários, mas sim, garantir que as referidas normas sejam cumpridas, inclusive nos bens da administração, bem como criar políticas públicas que incentivem a preservação.

Imperioso mencionar que a função ambiental da propriedade impõe ao proprietário o dever de utilizar a propriedade de maneira ambientalmente equilibrada, para que além de obter ganho econômico, preserve a natureza. Deste modo, tem-se que a função ambiental vai muito além do cumprimento de determinada norma ou de deixar de produzir determinado produto, mas abrange a necessidade de conscientização, para que a propriedade passe a ser manejada de forma ambientalmente correta.

Neste contexto, percebe-se que a constituição resguarda o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas em contrapartida, cabe ao cidadão o dever

de utilizar a propriedade com técnicas adequadas, primando pela preservação, haja vista que o maior beneficiário de um ecossistema equilibrado é o próprio cidadão.

No intuito de garantir a preservação ambiental e cumprimento das regras ambientais, está em vigência a Lei nº 12.651/12, na qual, percebe-se que em várias oportunidades, faz menção a possibilidade de exploração da propriedade como meio de subsistência, desde que mantida a sua função ambiental. Assim, percebe-se que tanto direito de propriedade, tanto a proteção ambiental necessitam de lei que lhes defina e conceitue. Neste sentido:

Direito de propriedade e direito do meio ambiente utilizam, pois, a lei para definir seus contornos, suas necessidades e suas aspirações. Esses direitos-deveres podem ajustar-se e estar conciliados, mas se estiverem em colisão, teremos que confrontar as normas jurídicas que cada um desses institutos, para saber qual deles deverá ter a prioridade ou a supremacia. (MACHADO, 1994, p.126).

Percebe-se que cada vez mais a preocupação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado vem à tona, razão pela qual, o conflito entre o direito de usar e gozar da propriedade e as limitações impostas pela administração pública entrarão em foco, pois as limitações ao uso e gozo da propriedade sob a justificativa de preservação ambiental, tendem a aumentar. Tal conflito entre as limitações ao direito de usar e gozar da propriedade, sob a justificativa de preservação, serão objeto de análise adiante.

Percebe-se que tanto a função social, tanto a função ambiental visam proteger a coletividade, diferenciando-se na amplitude, haja vista que a função social abrange a relação privada. Já a função ambiental, impõe o dever do cidadão e Estado cuidar de suas áreas para preservar o meio ambiente e garantir que os direitos coletivos resguardados na Constituição Federal sejam aplicados.

Neste contexto, tem-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado está no rol dos bens comuns do povo, sendo dever de todos colaborarem para colherem os resultados positivos, como melhor qualidade de vida, saúde. Quanto ao bem comum do povo, Fiorillo (2017, p. 151) ensina:

[...]a qualidade de ser um *bem comum do povo*, importa apenas reafirmar que ele consiste no bem que pode ser desfrutado por todos e qualquer pessoa, dentro dos limites fixados pela própria Constituição Federal. Não cabe, portanto, exclusivamente a uma pessoa ou grupo, tampouco se atribui a quem quer que seja sua titularidade.

Neste prisma, percebe-se que a Constituição Federal de 1988, trouxe de forma expressa a necessidade de preservação ambiental por todos, atribuindo a cada cidadão o ônus de contribuir ao que lhe estiver ao alcance com a preservação do Meio Ambiente, bem como, de forma expressa dispõe que cabe ao Estado contribuir e fiscalizar, para garantir a efetividade da norma constitucional.

Cabe mencionar que o “ônus” imposto ao cidadão pela Constituição Federal, faz pleno sentido, haja vista que o maior beneficiado com a preservação ambiental é o próprio ser. Significa dizer que, cada cidadão ao separar o lixo, manejar a propriedade de forma ecologicamente correta, não desmatar, estará agindo em prol de si mesmo, sendo que o conjunto de cidadãos, agindo cada um de forma individual, acarretará no alcance do objeto exposto na Constituição, qual seja o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado. Neste sentido, leciona Milaré (2011, p. 157):

Se o gênero humano é um ocupante qualificado e privilegiado do planeta Terra – que lhe compete preservar, administrar e utilizar com segurança científica e jurídica -, não há por que transformar os recursos naturais e ambientais em patrimônios oligárquicos, e explorá-los (literalmente explorá-los) em função de poucos. Cada indivíduo do gênero humano tem direito à qualidade ambiental, a um “ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, como reza a nossa Constituição Federal de 1988.

Deste modo, temos que o meio ambiente equilibrado, bem comum de todos nós, não depende exclusivamente de políticas públicas e fiscalização estatal, mas sim de um compromisso de todos os cidadãos, preservando a própria propriedade, dando o destino correto ao lixo produzido, bem como aplicar técnicas de manejo adequando do solo, evitando contaminações dos lençóis freáticos e consequentemente a do ser humano e animais, prejudicados diretamente pela poluição.

Neste contexto, tem-se que para atingir a função ambiental da propriedade, cabe a cada cidadão fazer a sua parte, bem como a administração pública gerir seu patrimônio em consonância com as normas ambientais e fiscalizar o cidadão em desacordo com a legislação, para garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3 PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Com o passar dos séculos, aumento da população, avanço tecnológico e consumo de bens pela população, com os recursos naturais dispostos no planeta ficando cada vez mais escassos, e as consequências da poluição e utilização desenfreada dos recursos da natureza cada vez mais visíveis, foi necessário avançar na legislação que versa sobre proteção ambiental.

Frente a tal cenário, a discussão sobre a preservação ambiental e necessidade de leis que protejam a natureza estão em foco mundial, sendo que no Brasil, a preservação ambiental está insculpida em nossa Constituição e também legislação infraconstitucional, o que será objeto de análise nas laudas seguintes.

3.1 A preservação ambiental insculpida na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 possui em seu corpo dispositivos que tutelam a preservação ambiental de forma expressa, não deixando dúvidas de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um de seus objetos de maior relevância e como tal merece ser resguardado.

Porém, a preocupação com a preservação ambiental nem sempre foi assim, tanto é que as constituições pretéritas não continham dispositivos que tutelavam o meio ambiente, ficando tal regulamentação restrita a legislação infraconstitucional, algumas Federais e outras Estaduais, que serão abordadas adiante.

Necessário esclarecer que as constituições anteriores a atual, não continham diplomas específicos quanto a preservação ambiental, possuindo apenas diplomas que possibilitavam a União legislar sobre o tema. Neste sentido para Silva (1995, p. 26) “a Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista.”

Assim, para que possamos analisar a Constituição Federal, necessário um contexto histórico mundial sobre a mudança de pensamento sobre a utilização dos recursos naturais. Neste ponto, cumpre destacar que na Conferência das Nações Unidas de 1972 (Conferência de Estocolmo), os líderes mundiais reuniram-se, sendo que ao final da conferência, foram proclamados Vinte e Seis princípios como guia para que os países seguissem, ao fim de preservar o meio ambiente.

Cabe destacar que após a Conferência de Estocolmo, os países que elaboraram novas constituições, passaram a utilizar os princípios promulgados, como base de suas constituições no tocante ao meio ambiente. Neste sentido:

Apenas os países que elaboraram seus textos constitucionais a partir da década de 1970 – mais precisamente do ano de 1972, quando ocorreu a Conferência de Estocolmo – puderam assegurar tutela eficaz para o meio ambiente, de molde que respondesse aos clamores universais contra o que se convencionou chamar de *ecocídio* (MILARÉ, 2013, p. 162).

Com a Constituição de 1988 não foi diferente, eis que as constituições pretéritas não tinham preocupação com o meio ambiente especificamente, abordando de forma global o tema, sendo que sequer empregavam a palavra meio ambiente (MILARÉ, 2013).

Da análise das constituições anteriores, extrai-se que as mesmas continham dispositivos referentes a água, minas, terras, caça e pesca, patrimônio histórico, defesa da saúde. Ou seja, havia uma preocupação com tais áreas principalmente por conta de envolver fonte renda para o Estado, mas em momento algum, preocupação para com o meio ambiente. Neste ponto de vista:

Jamais se preocupou o legislador constitucional em proteger o meio ambiente de forma específica e global, mas sim dele cuidou de maneira diluída e mesmo casual, referindo-se separadamente a alguns de seus elementos integrantes (florestas, caça, pesca), ou então disciplinando matérias com ele indiretamente relacionadas (mortalidade infantil, saúde, propriedade) (MILARÉ, E.; MAZZILLIC; FERRAZ, [201-], <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpambcf.pdf>>.)

Ante tal análise, tem-se que a preocupação ambiental não era o foco do legislador, estando o mesmo preocupado principalmente em garantir fonte de renda para os cofres públicos. No entanto, com o passar dos anos e crescente preocupação mundial com a preservação ambiental, com a realização da conferência de Estocolmo, criação de Constituições em outros países que abarcavam a questão ambiental e também legislação infraconstitucional no Brasil, os constituintes não podiam fechar os olhos para a questão ambiental quando deliberaram sobre a redação da Constituição de 1988.

Cabe destacar que após a conferência de Estocolmo o Brasil redigiu legislação infraconstitucional para regular as normas ambientais a nível de União, bem como alguns Estados criaram legislação própria. Porém, tais diplomas infraconstitucionais

não eram suficientes, eis que de nada adianta um Estado possuir legislação ambiental rígida, enquanto que o Estado vizinho permitisse práticas danosas ao meio ambiente. Neste sentido:

Faltava até então normas constitucionais que fundamentassem uma visão global da questão ambiental, que propende para a proteção do patrimônio ambiental globalmente considerado em todas as suas manifestações, em face da atuação conjunta dos fatores desagregantes de todos os objetos (água, ar, solo e sossego) de tutela. (SILVA, 1995, p. 20).

Diante de tal situação, o Brasil, assim como outros países que promulgaram nova constituição, ao redigir a Constituição de 1988, trouxe para a Constituição artigos que versam sobre o meio ambiente, aprimorando a legislação ambiental, dando a tal tema relevância constitucional. Cabe frisar que a questão ambiental é tratada como cláusula pétrea na Constituição, disposta no artigo 5, LXXIII, que confere o direito a qualquer cidadão propor ação popular que pretenda cessar ato lesivo ao meio ambiente e patrimônio histórico e cultural.

A Constituição Federal de 1988 traz diversos artigos que versam sobre questões que possuem relação com o meio ambiente. Mas além de possuir artigos que possuem relação com o meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 de forma inovadora, dedicou o capítulo VI para tratar especificamente sobre a legislação ambiental, possuindo em seu artigo 225, texto expresso no sentido de que o meio ambiente equilibrado é direito de todos, conforme disposto abaixo:

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; (Regulamento)

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

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; (Regulamento)

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; (Regulamento)

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; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a 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 a crueldade. (Regulamento)

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

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017) (BRASIL, 1988, < <http://www.planalto.gov.br>>).

Ante a leitura do artigo supramencionado, percebe-se que ao contrário das constituições pretéritas, a Constituição de 1988 tutela o meio ambiente de forma completa e exemplar, fixando na Constituição Federal o dever tanto do cidadão, quanto do Estado em preservar o meio ambiente, como forma de garantir para as gerações futuras um meio ambiente equilibrado e sadio.

Em razão de tamanha proteção e espaço que a Constituição Federal dá para a proteção ambiental, para Milaré (2013, p. 168) “A Constituição de 1988 pode muito bem ser denominada “verde”, tal o destaque (em boa hora) que dá à proteção do meio ambiente”.

Neste sentido, evidentemente a Constituição Federal de 1988 em seu texto é nitidamente protetora do meio ambiente, tutelando e dispondo expressamente sobre a sobreposição da preservação ambiental, face ao interesse privado do cidadão. Nas palavras de Iguezias:

A Constituição Federal de 1988 representa um marco na legislação ambiental brasileira, delimitando áreas consideradas como patrimônio

nacional e dedicando um capítulo inteiro à proteção ambiental (art. 225), estabelecendo o direito ao ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo. De forma inovadora, estabelece a proteção do meio ambiente como princípio da ordem econômica, no art. 170. (IGLECIAS, 2014, <<http://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/92126273/v1/document/100230070/anchor/a-100230070>>)

Ante a este contexto, percebe-se que o Brasil evoluiu muito no tocante a legislação de proteção ambiental após a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe capítulo específico que trata sobre a questão ambiental, impondo ao Poder Público e ao Cidadão o ônus de preservar o meio ambiente, garantindo assim o ecossistema ecologicamente equilibrado. Nesta seara, nas próximas laudas será abordado a legislação infraconstitucional brasileira, necessária para que o texto expresso em nossa Constituição Federal seja cumprido.

3.2 Legislação infraconstitucional sobre preservação ambiental

Conforme exposto acima, tem-se que no Brasil a preocupação com a preservação ambiental caminhou a passos lentos, enquanto que a devastação e destruição do ecossistema ocorria a passos largos. Neste contexto, não há dúvidas de que por séculos o Brasil foi explorado sem qualquer legislação que protegesse o meio ambiente, conforme:

Nossa história, infelizmente, é de uma depredação ambiental impune. Na prática, somente eram punidos os delitos que atingissem a Coroa ou os interesses fundiários das classes dominantes. O patrimônio ambiental coletivo, como conhecemos hoje, era inimaginável. Não por falta de doutrina que se encontrava alhures, mas por força do estreito e fechado círculo dos interesses familiares, feudais ou oligárquicos. (MILARÉ, 2013, p. 237).

No intuito de mudar a triste realidade vivida pelo Brasil dos séculos passados, no qual não havia qualquer preocupação com preservação. Pelo contrário, o único objetivo da Coroa era extrair as riquezas minerais do País, exploração essa, que continuou mesmo após a independência do Brasil. Como forma de manter a ordem e preocupada com os interesses da União, o legislador, deu início na legislação ambiental brasileira no Código Civil de 1916.

Ao contrário da Carta Magna, que trouxe dispositivos sobre a preservação ambiental somente na Constituição de 1988, a legislação infraconstitucional regendo o meio ambiente veio muito antes, tendo iniciado no Código Civil de 1916, que em seu

artigo 584 continha o seguinte dispositivo: “Art. 584. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar para o uso ordinário a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente.” (BRASIL, 1916, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ante a leitura do artigo supramencionado, percebe-se que o Código Civil de 1916 já continha uma preocupação para com a necessidade de preservação ambiental, impondo limitações ao proprietário que desejasse realizar intervenções que causasse dano a fontes de água.

Posteriormente, entre 1923 e 1967 foram publicadas outros decretos, destacando-se a redação e publicação do primeiro Código Florestal (Decreto 23.793/1934) publicados já no governo de Getúlio Vargas, que versavam sobre a questão ambiental. Cumpre destacar que o Código Florestal passou por alterações no ano de 1965, quando a Lei 4.771/65 instituiu o novo Código Florestal, revogando o decreto 23.793/1934. Posteriormente, com o avanço da preocupação com o meio ambiente, houve a necessidade de avançar e atualizar a legislação, tendo no dia 25 de maio de 2012 sido sancionada a Lei 12.651, que instituiu o atual Código Florestal e revogou a Lei 4.771/65.

Ademais, o Brasil teve um verdadeiro avanço na questão ambiental após a conferência de Estocolmo ocorrida em 1972, momento a partir do qual, os legisladores passaram a preocupar-se com a questão ambiental como forma de preservação da natureza e não somente com o olhar econômico, o que refletiu na redação de nossa Constituição Federal.

Frente a tamanha legislação infraconstitucional que versa sobre assuntos relacionados com o Meio Ambiente, necessário elencar marcos importantes no que se refere ao avanço da legislação ambiental no Brasil. Consoante ensina Milaré (2013) o primeiro marco pela tutela do ambiente ocorreu com a edição da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), que instituiu o SISNAMA. Como segundo marco, a edição da Lei 7.347/85 que trouxe a Ação Civil Pública como instrumento processual de proteção do meio ambiente. O terceiro marco para o doutrinador ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o quarto marco com a edição da Lei 9.605/1998.

Consoante exposto acima, tem-se que a legislação infraconstitucional no Brasil evoluiu com o passar das décadas, principalmente após a convenção de Estocolmo, que abriu os olhos do mundo para a preocupação e necessidade de cuidar da

natureza. No entanto, de nada adianta uma legislação protetora se o Estado não cumprir seu papel de fiscalização e o cidadão conscientizar-se que caso não preserve, estará se prejudicando e também toda a coletividades. Neste tocante:

Não basta, entretanto, apenas legislar. É fundamental que todas as pessoas e autoridades responsáveis se lancem ao trabalho de tirar essas regras do limbo da teoria para a existência efetiva da vida real; na verdade, o maior dos problemas ambientais brasileiros é o desrespeito generalizado, impunido ou impunível, à legislação vigente. É preciso, numa palavra, ultrapassar a ineficaz retórica ecológica – tão inócua quanto aborrecida – e chegar às ações concretas em favor do ambiente e da vida. Do contrário, em breve, nova modalidade de poluição – a “poluição regulamentar” – ocupará o centro de nossas preocupações. (MILARÉ, 2013, p. 170).

No intuito de tornar efetiva a preservação do meio ambiente e evitar que a citação supracitada torne-se realidade, o Brasil ao longo dos anos veio atualizado a legislação ambiental, para que a mesma atinja o seu fim, que é a preservação do meio ambiente. Neste contexto, considerando que o presente trabalho versa sobre a preservação ambiental e direito de propriedade, imperioso trazer à baila as limitações ao direito de propriedade que estão presentes no Código Florestal, que em 2012 passou por nova atualização, tendo a Lei 12.651/2012, revogado a Lei 4.771/65.

Considerando que o Código Florestal visa a proteção da vegetação nativa, dando respaldo a tutela constitucional estabelecida, Fiorillo define a Lei 12.651/2012 como:

O que temos é uma nova norma jurídica que, associada às demais disposições normativas em vigor destinadas a tutelar os bens ambientais indicados na nova lei, será aplicada com base nos fundamentos constitucionais do direito ambiental constitucional, este sim, o verdadeiro Código Florestal em nosso Estado Democrático de Direito. (FIORILLO, 2017, p. 225-226).

Neste prisma, considerando que a Constituição Federal é clara quanto a tutela do meio ambiente, a legislação infraconstitucional não poderia ter outro caminho, senão seguir o ordenamento constitucional. Como forma de cumprir com o disposto na Constituição Federal, o Código Florestal, no intuito de proteger as áreas de interesse comum de todos, dispostas no artigo 2º da Lei 12.651/2012, o legislador encontrou como forma eficaz de preservação, a demarcação de terras, nas quais os proprietários são impedidos de realizar intervenções, cabendo a estes preservarem o meio ambiente.

O presente trabalho busca justamente abordar a limitação imposta ao proprietário ao uso e gozo de sua propriedade. Neste contexto, em relação ao presente trabalho, tem-se que o Código Florestal expressamente impõe limitações ao uso da propriedade privada em áreas que estão dentro da faixa de preservação, tendo em seu artigo 3º a definição de Área de Preservação Permanente e Reserva Legal que serão objeto do presente trabalho, conforme dispõe:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa; (BRASIL, Lei 12.651, 2012, <<http://www.planalto.gov.br>>)

Apesar da confusão realizada pelo senso comum, imperioso mencionar que a área de preservação permanente e reserva legal não são a mesma coisa. Ainda que ambas visam a preservação ambiental, necessário esclarecer que as mesmas possuem diferenças, sendo que uma das diferenças é que a área de preservação permanente via de regra impede o uso da propriedade, enquanto que na reserva legal, o proprietário pode fazer o uso sustentável da mesma.

No que tange ao impedimento da utilização das áreas de preservação permanente, necessário esclarecer que o Código Florestal traz nos parágrafos quinto e sexto do artigo quarto, as exceções à regra, dispondo de forma expressa as situações em que o proprietário poderá produzir na propriedade, desde que atenda aos requisitos legais. Neste ponto, o Código Florestal dispõe:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

[...]

§ 5º É admitido, para a pequena propriedade ou posse rural familiar, de que trata o inciso V do art. 3º desta Lei, o plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto na faixa de terra que fica exposta no período de vazante dos rios ou lagos, desde que não implique supressão de novas áreas de vegetação nativa, seja conservada a qualidade da água e do solo e seja protegida a fauna silvestre. (Vide ADC Nº 42) (Vide ADIN Nº 4.903)

§ 6º Nos imóveis rurais com até 15 (quinze) módulos fiscais, é admitida, nas áreas de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo, a prática da aquicultura e a infraestrutura física diretamente a ela associada, desde que: (Vide ADC Nº 42) (Vide ADIN Nº 4.903)

I - sejam adotadas práticas sustentáveis de manejo de solo e água e de recursos hídricos, garantindo sua qualidade e quantidade, de acordo com norma dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente;

II - esteja de acordo com os respectivos planos de bacia ou planos de gestão de recursos hídricos;

III - seja realizado o licenciamento pelo órgão ambiental competente;

IV - o imóvel esteja inscrito no Cadastro Ambiental Rural - CAR.

V - não implique novas supressões de vegetação nativa. (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012). (BRASIL, Lei 12.651, 2012, <<http://www.planalto.gov.br>>)

Não há dúvidas de que a preservação ambiental é dever de todos, sendo que as áreas de preservação permanente estão expressas na legislação. A área de preservação permanente não é igual a área de Reserva Legal, eis que apesar de ambas buscarem a proteção e preservação ambiental, possuem a caracterização e consequências distintas. Neste ponto, o artigo 4º do Código Florestal dispõe sobre todas as áreas de são consideradas de preservação permanente. Neste sentido (MACHADO, 2013, p. 871) ensina:

A APP é considerada existente, ou como devendo existir, desde que haja a ocorrência de determinadas situações fáticas. Não é necessário a emissão de qualquer ato do Poder Executivo (Federal, Estadual, do Distrito Federal ou Municipal) para que haja uma APP nos moldes previstos pelo art. 4º da lei. Há autoaplicabilidade da própria lei, não se exigindo regulamentação para sua efetividade nos casos deste artigo. Se dúvidas surgirem, serão problemas de medição, pois a localização e as obrigações de manutenção, de reparação, de uso, ou até a possibilidade de supressão da vegetação, decorrem da própria lei.

Ou seja, o Código Florestal é claro ao definir as áreas que são consideradas de preservação permanente, não podendo o proprietário utilizá-la ou delimitar qual a área de sua propriedade será destinada para a APP. Neste contexto, o Código Florestal dispõe sobre a obrigação do proprietário de preservar a APP nos artigos 7º a 9º, que dispõem o seguinte:

Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

§ 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.

§ 2º A obrigação prevista no § 1º tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

§ 3º No caso de supressão não autorizada de vegetação realizada após 22 de julho de 2008, é vedada a concessão de novas autorizações de supressão de vegetação enquanto não cumpridas as obrigações previstas no § 1º.

Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

§ 1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 2º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente de que tratam os incisos VI e VII do caput do art. 4º poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

§ 3º É dispensada a autorização do órgão ambiental competente para a execução, em caráter de urgência, de atividades de segurança nacional e obras de interesse da defesa civil destinadas à prevenção e mitigação de acidentes em áreas urbanas.

§ 4º Não haverá, em qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas nesta Lei.

Art. 9º É permitido o acesso de pessoas e animais às Áreas de Preservação Permanente para obtenção de água e para realização de atividades de baixo impacto ambiental. (BRASIL, Lei 12.651, 2012, <<http://www.planalto.gov.br>>)

Ante ao exposto acima, tem-se que as áreas de preservação permanente, que estão expressamente dispostas no artigo quarto do Código Florestal devem ser preservadas, não podendo o proprietário fazer uso da mesma.

As áreas de preservação permanente são instituídas por meio de Lei e de ato da administração pública, que por meio da aplicação da legislação ambiental vigente impõe restrição ao uso e gozo da propriedade, eis que na faixa delimitada de Área de Preservação Permanente, o proprietário não poderá realizar intervenções. Tal imposição legal, visa proteger de forma ampla todo o ecossistema e bem estar dos humanos.

Tal limitação ao uso de propriedade não possui qualquer registro ou necessidade de averbação na matrícula do imóvel, eis que decorre de lei, sendo todas as áreas que se enquadram no rol dos incisos do artigo quarto do Código Florestal, consideradas Áreas de Preservação Permanente.

Diferentemente do que ocorre na Área de Preservação Permanente, que expressamente é instituída em todas as áreas constantes no artigo quarto do Código Florestal, a Reserva Legal é instituída em propriedades rurais, conforme dispõe o artigo 12 da Lei 12.651/12, tendo o proprietário a discricionariedade de demarcar a fração que pretende indicar como de Reserva Legal e o órgão ambiental concorda ou

não, resguardando o melhor para o meio ambiente e respeitadas as frações impostas pela lei. Tal indicação deve ser respeitada e necessita registro, sendo obrigação do proprietário realizar o CAR, nos moldes do artigo 18 da Lei 12.651/12, onde ficará indicado e registrada a fração da propriedade com área de Reserva Legal.

Assim, percebe-se que a reserva legal e as áreas de preservação permanente possuem diversas diferenças. A reserva legal não termina com o direito do proprietário usar e gozar o imóvel, mas lhe impõe o ônus de preservar determinada fração da área, em benefício próprio e também do coletivo, concedendo a legislação o direito do proprietário delimitar a área e proceder o cadastro da reserva legal no CAR, fazendo o uso sustentável da propriedade, enquanto que na área delimitada de APP, não é possível qualquer intervenção por parte do proprietário.

Frente a tal limitação ao uso e gozo da propriedade por parte do proprietário, necessário trazer à baila a legislação que refere e delimita as unidades de conservação, para que adiante seja possível delimitar e apresentar as hipóteses em que o proprietário possui direito ao recebimento de indenização.

3.3 Do Sistema Nacional de Unidade de Conservação -Lei 9.985/2000

A crescente preocupação para com o meio ambiente deu início a discussão e necessidade de criação de unidades de conservação. Neste contexto, com a vigência da Lei 6.938/1981 e após com o texto expresso em nossa Constituição Federal sobre a necessidade de preservação ambiental, houve a necessidade da redação da lei que regulamentasse o artigo 225, §1º, I, II, III e VII da Constituição Federal. Paulo de Bessa Antunes define as áreas protegidas como sendo:

Áreas protegidas são áreas que, devido às características especiais que apresentam, devem permanecer preservadas. O grau de preservação é variável, considerando-se o tipo de proteção legal específico de cada uma das áreas consideradas individualmente e a classificação jurídica que tenha sido estabelecida para cada uma delas. A proteção pode variar desde a intocabilidade até o uso diário e relativamente intenso. As áreas protegidas são denominadas tecnicamente como *unidades de conservação*. (ANTUNES, 2005, p. 531)

No que tange ao regime jurídico das unidades de conservação, ensina: Fiorrilo (2017, p. 216) “Os espaços especialmente protegidos podem estar localizados em áreas públicas ou privadas. Por serem dotados de atributos ambientais, merecem um

tratamento diferenciado e especial, porque, uma vez assim declarados, sujeitar-se-ão ao regime jurídico de interesse público”.

Não restam dúvidas de que toda a legislação ambiental vigente no País visa proteger as riquezas naturais do território nacional, sendo que o exercício de tal proteção é dever de todos, eis que o coletivo será prejudicado em caso de catástrofes ambientais, cabendo ao poder público legislar, delimitar as áreas de preservação e fiscalizar.

Diante de tal cenário, o Brasil percebeu a necessidade de editar lei que permite ao poder público instituir e regulamentar unidades de conservação, visando o bem comum de todos, em áreas que perceber a necessidade de preservação. Assim, após mais de oito anos tramitando no congresso, foi aprovada a Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidade de Conservação.

As unidades de conservação são constituídas pelo poder público no âmbito federal, estadual e municipal, em situações que a administração pública, buscando a preservação ambiental, cria a unidade de conservação. Para Paulo de Bessa Antunes, as unidades de conservação poder ser definidas como:

Unidades de conservação são espaços territoriais que, por força de ato do poder Público, estão destinados ao estudo e preservação de exemplares da flora e da fauna. As unidades de conservação podem ser públicas ou privadas. O estabelecimento de unidades de conservação foi o primeiro passo concreto em direção à preservação ambiental. (ANTUNES, 2005, p. 533).

Neste contexto, o legislador, ao redigir a lei, dividiu as unidades de conservação em dois grupos, quais sejam: Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável. Ambas possuem o objetivo preservar a natureza, mas nas unidades de proteção integral é admitido somente o uso indireto dos recursos naturais que guarnecem a área delimitada de proteção, enquanto que as unidades de uso sustentável têm como objetivo conciliar a conservação da natureza com o uso sustentável de área delimitada (FIORILLO, 2017).

Para Milaré (2013), em sentido estrito, conforme exposto na Constituição Federal, submetem-se somente as Unidades de Conservação típicas, previstas expressamente na Lei 9.985/2000, e consideradas atípicas as áreas que não estão expressamente arroladas, mas que apresentam características que se assemelham ao conceito do artigo 2º, I, da Lei 9.985/2000. Por outro lado, em sentido amplo, se

enquadram as Áreas de Preservação Permanente, Reservas Florestais Legais e Áreas de Uso Restrito, dispostas no Código Florestal, que possuem fundamentos e finalidades próprias e distintas das Unidades de Conservação. Para o doutrinador, a Lei 9.985/2000 definiu as Unidades de conservação existentes, conforme:

É assim que a Lei 9.985/2000, ainda com o caráter de obra inacabada, apresenta grande importância por ser o primeiro instrumento legal que busca elencar e definir as diferentes categorias de unidades de conservação existentes no território nacional, sistematizando classificações que anteriormente se sobrepunham ou se confundiam. Trata-se, por conseguinte, de um texto linear e sistematizador. (MILARÉ, 2013, p. 1206).

Outrossim, antes da promulgação da Lei 9.985/2000 que instituiu o sistema nacional de unidade de conservação, não havia legislação que determinasse as áreas que seriam consideradas de preservação, o que prejudicava sobremaneira a proteção das áreas que deveriam ser protegidas. Após a entrada em vigor da Lei Nacional de Unidade de Conservação, que até então não possuía classificação específica, passou a classificar de forma objetiva as áreas que seriam consideradas de conservação, conforme dispõe o artigo 2º da Lei 9.985/2000, que dispõe o seguinte:

Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I - unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção; (BRASIL, Lei 9.985, 2000, <<http://www.planalto.gov.br>>)

Conforme depreende-se da leitura do artigo supramencionado, consideram-se unidades de conservação todos os espaços que enquadram-se no inciso primeiro do artigo 2º da Lei 9.985/2000. Neste sentido, para ser considerada unidade de conservação, segundo (MILARÉ, 2013, p. 1206) “[...] deve haver: a relevância natural; o caráter oficial; a delimitação territorial; o objetivo conservacionista; e o regime especial de proteção e administração”.

Os objetivos do Sistema Nacional de Unidade de Conservação estão expressamente expostos no artigo 4º da Lei 9.985/2000. Diante da leitura dos incisos do artigo quarto da referida Lei, tem-se que o legislador ao redigir a Lei, ultrapassou a figura da proteção da biodiversidade e vegetação, dando igual importância também para a preservação da hidrosfera e biosfera. (MILARÉ, 2013, p. 1207).

Ademais, a Lei deixa claro que possui o intuito de possibilitar o desenvolvimento sustentável, conciliando a utilização sustentável da área com a sua preservação. Neste contexto (MILARÉ, 2013, p. 1207) define a Lei do Sistema Nacional de Unidade de Conservação como: “Em tal contexto, mais do que o equilíbrio ecológico, preconiza-se o equilíbrio socioambiental”.

Assim, não restam dúvidas de que o Brasil possui atualmente vasta legislação versando sobre o Meio Ambiente, bem como a administração pública possui respaldo legal para instituir unidades de conservação. Frente a tal contexto, no capítulo seguinte abordaremos o direito do proprietário em receber indenização pela perda do uso e gozo da propriedade em prol do bem comum de todos.

4 LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM FACE DA PROPRIEDADE PRIVADA PARA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Nos capítulos anteriores abordamos a evolução histórica do conceito de propriedade, bem como da grande evolução da tutela do meio ambiente, tanto na Constituição Federal, quanto na legislação infraconstitucional. Tal tutela possui o intuito de regular e controlar a exploração dos recursos naturais existentes em nosso País, para garantir que a população possa gozar do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, expresso no artigo 225 da Constituição Federal.

Para que a legislação surta efeitos práticos e não seja somente uma norma sem eficácia, no presente capítulo será abordada as ações que a administração pública pode realizar para limitar o uso e gozo da propriedade privada, no intuito de manter a natureza intacta e protegida das ações devastadoras que podemos causar à natureza e que a médio e longo prazo seremos cobrados.

Assim, para evitar a devastação da natureza e utilização em excesso dos recursos que a mesma nos disponibiliza, bem como evitar que a degradação do meio ambiente culmine em tragédias, a administração pública possui a incumbência de pôr em prática e tornar efetiva a legislação ambiental. Neste contexto, adiante abordaremos as ações que a administração pública pode realizar para limitar o uso e gozo da propriedade privada, bem como quais as hipóteses em que o proprietário possui direito a pagamento de justa indenização.

4.1 A imposição de restrições ao uso e gozo da propriedade privada por parte da Administração Pública.

Consoante exposto no capítulo anterior, apesar da Carta Magna expressamente garantir ao cidadão o direito de propriedade, tal direito não é absoluto, eis que o direito de propriedade está vinculado com cumprimento da função social da propriedade. Deste modo, para a propriedade Duarte (2011, p. 24) “a própria Constituição da República, em seu art. 5º, inc. XXIII, ao subordinar o uso da propriedade à sua função social, impõe uma limitação administrativa ao direito de propriedade.”

Neste contexto, com relação a preservação ambiental, temos que com o passar dos anos e aumento com preocupação ambiental, o Brasil avançou e muito no que tange a legislação ambiental e proteção de áreas consideradas de preservação, que são de suma importância para garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Porém, as áreas intituladas como de preservação não são unicamente de propriedade da União, pelo contrário, ao instituir as áreas de preservação, grande parte da área delimitada como de preservação pertence a cidadãos privados.

Assim, em razão das áreas de preservação englobarem propriedades privadas, ao falar sobre o tema, o proprietário mostra-se contrário, muitas vezes por desconhecimento dos danos que pode causar ao ecossistema e/ou informações equivocadas recebidas no que diz respeito a forma de limitação e consequências que tais limitações geram. Por outro lado, temos alguns proprietários que possuem pleno conhecimento de suas ações e insistem em desmatar e utilizar a propriedade em dissonância com a legislação, no único intuito de auferir maiores lucros com a exploração da propriedade, contrariando os princípios constitucionais que regem a propriedade.

Neste contexto, a intervenção do Estado é necessária, para fazer cumprir a legislação ambiental. Para Antunes, a intervenção do Estado na propriedade privada, para fins de preservação ambiental ocorre:

A criação de Parques Nacionais, Estaduais e Municipais é uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico que grava com a intocabilidade toda a área na qual se tenha estabelecido o Parque. Esta circunstância faz com que os proprietários de terras da referida área não possam mais explorar economicamente o seu bem, esvaziando-lhe o conteúdo econômico e, portanto, retirando-lhe qualquer utilidade que não seja a de lazer. (ANTUNES, 2005, p. 518-519)

Neste caso, a administração pública em detrimento do interesse privado, ao instituir área de preservação retira do proprietário o direito de usar e gozar a propriedade em prol do bem comum de todos, qual seja o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Conforme exposto, não pode o proprietário arcar com tal ônus sozinho em prol do coletivo, de modo com que, cabe a Administração Pública, amparada no interesse público, proceder a desapropriação da propriedade e indenizar o proprietário da área.

A desapropriação é o instituto pelo qual a Administração Pública retira do particular o bem, mediante indenização, e passa a ser a proprietária. Para Di Pietro, renomada doutrinadora na área do direito público, a desapropriação:

É o **procedimento administrativo** pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização (DI PIETRO, 2012, p. 166, grifo do autor)

O conceito de desapropriação exposto acima possui um rito processual disciplinado pelo Decreto - Lei 3.365/1941, o qual, após concluído o processo, o imóvel passa a integrar o patrimônio do Poder Público e o proprietário recebe indenização. Tal desapropriação é regular e não gera prejuízos ao proprietário, eis que o mesmo possui a oportunidade de defender seus interesses, no intuito de impedir a desapropriação, ou em caso avaliação irregular, pleitear uma indenização em quantias condizentes com o valor do bem.

No entanto, tal hipótese de desapropriação não é objeto do presente trabalho. No presente trabalho aborda-se a questão das restrições administrativas impostas pela Administração Pública em face da propriedade, sob o argumento de preservação ambiental. Tais restrições não retiram a propriedade do bem do cidadão, mas em razão das restrições impostas, impede que o mesmo proceda construções, produza, etc. na propriedade. Ou seja, o cidadão permanece proprietário do bem, mas fica impedido de usar e gozar da propriedade, bem como, em razão da restrição administrativa, por obvio ocorre o esvaziamento econômico do bem.

Assim, após a imposição da limitação, o proprietário perde o domínio sobre o bem, eis que não pode realizar construções, derrubar árvores e produzir, ficando restrito ao direito de utilizá-la para lazer, desde que, sua atividade de lazer não cause qualquer alteração na biodiversidade da propriedade. Ou seja, na grande maioria dos casos, a propriedade perde valor econômico, eis que não possui mais utilidade para gerar renda.

Quando a Administração Pública procede de tal forma, suprimindo o direito de propriedade e desrespeitando as regras que impõem a realização do processo de desapropriação, ocorre a denominada Desapropriação Indireta. Duarte conceitua a Desapropriação Indireta como:

A Desapropriação Indireta, também chamada de desapropriação irregular ou de fato, dá-se com a incorporação ao domínio público de qualquer bem de propriedade privada, sem a observância do devido processo legal. Podemos afirmar que tal instituto cria uma situação anormal, irregular, pois acaba ofendendo as normas legais relativas à desapropriação. Isto, porém, não exime, o Estado nem protege o Poder Público, quanto a indenização das perdas e danos sofridos pelo proprietário. (DUARTE, 2011, p. 48)

Assim, temos que nos casos em que a Administração Pública impõe restrições ao uso da propriedade em prol do meio ambiente, no intuito de impedir que o proprietário proceda intervenções na mesma, tem-se que opera-se a Desapropriação Indireta. Quanto a aplicação de tal instituto, podemos ter como exemplo o Cinturão Verde em Santa Cruz do Sul – RS. Quando o município, instituiu a faixa de preservação do Cinturão Verde, deixou de conceder alvarás para construção em áreas não edificáveis, que pertencem ao Cinturão Verde. No entanto, apesar de não autorizar a construção e supressão na referida área, não realizou processo de desapropriação.

No capítulo segundo do presente trabalho restou devidamente demonstrado que a legislação ambiental do Brasil, permite que a União, Estados, DF e Municípios legislem concorrentemente sobre a matéria ambiental, podendo ser criadas limitações administrativas, fundadas no interesse público e também do poder de polícia da Administração Pública.

Neste contexto, a discussão quanto a possibilidade do Poder Público impor restrições ao direito do proprietário usar e gozar da propriedade, sob a alegação de necessidade de preservação e interesse comum do povo, sem a realização do devido processo de desapropriação, bem como da necessidade ou não de pagamento é longa, mas pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela necessidade de indenização aos proprietário, tema que será abordado adiante.

Assim, considerando que o Supremo Tribunal Federal dirimiu quaisquer dúvidas sobre o tema, tendo declarado a necessidade de a Administração Pública, promover a justa indenização aos proprietários, caberia ao Poder Público, ao criar área de preservação ambiental, promover o devido processo de desapropriação, para indenizar o proprietário pelo esvaziamento econômico da propriedade.

No entanto, apesar de estar pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que o proprietário não pode arcar individualmente com um ônus coletivo, o processo de desapropriação não é realizado. Pelo contrário, é de praxe a administração pública,

amparada pela legislação ambiental vigente, instituir áreas de preservação ambiental, sob a justificativa de necessidade de preservação ambiental, sem que para tal seja realizado o devido processo de desapropriação e consequente indenização ao proprietário.

O não cumprimento das regras impostas pela Constituição Federal, no que tange ao devido processo de Desapropriação, foi consolidando o instituto da Desapropriação Indireta, como forma do proprietário prejudicado, buscar indenização. Nas palavras de Antunes:

A desapropriação indireta, portanto, é uma gentil construção doutrinária e jurisprudencial sobre o apossamento, puro e simples, de bens privados. É lamentável que a repetição de tal fato tenha se verificado tantas vezes que se tornou prática rotineira. (ANTUNES, 2005, p. 518)

O doutrinador faz uma crítica ao Poder Público, pois houve a necessidade da criação da Desapropriação Indireta pela Doutrina e Jurisprudência, para corrigir a ilegalidade corriqueiramente realizada pela Administração Pública ao restringir o direito de propriedade, sem que para tanto realize o processo de Desapropriação.

Tal situação, além dos prejuízos sofridos pelo proprietário, que fica impedido de usar e gozar da propriedade, pode acarretar em crise econômica do poder público, tendo em vista que por exemplo: Um Município pequeno, impõe restrição ao proprietário sob a alegação de preservação ambiental em grande extensão de terras. Caso o proprietário ingresse com a ação de Desapropriação Indireta e logre êxito, o Poder Público terá dificuldades em arcar com os custos de pagamento da indenização.

Conforme já explanado, temos que a criação de áreas de preservação pelo poder público possui respaldo na Constituição Federal e Infraconstitucional, sendo inegável a sua necessidade e fiscalização, para garantirmos um futuro ecologicamente equilibrado.

No entanto, para garantir o direito comum de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não é admissível a supressão de outras garantias constitucionais, como o da propriedade privada. Assim, não pode a Administração Pública transferir ao proprietário o ônus da preservação ambiental, razão pela qual, ao instituir restrições ao direito de propriedade, deve proceder a desapropriação da área e o consequente pagamento de indenização ao titular do direito.

A conduta da Administração Pública, ao impor a restrição ao direito de usar e gozar a propriedade, sem proceder a desapropriação e devido pagamento de indenização ao proprietário, possui como fundamento central, que Constituição Federal, impõe que é dever é de todos preservar o Meio Ambiente, não sendo cabível o pagamento de indenização ao proprietário, pois em tese o mesmo também está sendo beneficiado.

No entanto, tal arguição fere o direito de propriedade, bem como é contrária a norma insculpida em nossa Constituição Federal. Sendo assim, no próximo subcapítulo abordaremos o Recurso Extraordinário que suprimiu a tese de que para fins de preservação ambiental é incabível indenização, Acórdão este utilizado como fundamento para as ações movidas pelos proprietários prejudicados em face da administração pública.

4.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 134.297

Conforme exposto nas laudas e capítulos anteriores, desde a década de 70 o Brasil está passando por uma evolução legislativa em termos de tutela do meio ambiente.

Neste sentido, como forma de pôr em prática o exposto na legislação, a administração pública, deu início a uma série de restrições a propriedades privadas, situadas em áreas que passaram a ser de preservação, o que conseqüentemente impediu o uso e gozo da propriedade pelo proprietário.

Neste interim, o Estado de São Paulo criou a estação ecológica Juréia- Itatins no ano de 1986 sob o fundamento de que a mesma estava em área costeira e que enquadrava-se nos requisitos da legislação federal, para ser preservada.

Frente a tal situação, os proprietários que tiveram suas áreas atribuídas a estação ecológica, sofreram severa restrição ao uso e gozo da propriedade, eis que foram impedidos de realizar a extração e cultivo na sua propriedade. Ante a restrição a uso e gozo da propriedade, os proprietários atingidos ingressaram com demanda judicial para pleitearem o recebimento de uma justa indenização.

A ação tramitou junto a Justiça Estadual de São Paulo – SP, tendo sido julgados procedentes os pedidos formulados em inicial, para condenar o Estado de São Paulo

ao pagamento de indenização justa aos proprietários da área atribuída a reserva ecológica.

Não concordando com a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que reconheceu o direito ao recebimento de justa indenização pelos proprietários da área rural, que foram impedidos de usar e gozar de sua propriedade, o Estado de São Paulo, ingressou com Recurso Extraordinário, sustentando que a legislação permitia que o Estado realizasse a restrição ao uso e gozo da propriedade sem o pagamento de indenização, bem como invocaram como justificativa o disposto no artigo 225, § 4º da Constituição Federal de 1988.

O Recurso Extraordinário foi recebido, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, que em seu voto, explanou sobre a proteção ao Meio Ambiente, bem como da possibilidade da Administração Pública instituir área de floresta legal, no intuito de preservar e manter o bioma da região. No entanto, apesar de reconhecer a possibilidade da Administração Pública impor restrições ao uso e gozo da propriedade privada, ressaltou que tal instituto deve ser procedido com respeito a norma legal que preserva o direito de propriedade. Neste sentido:

A norma inscrita no ART.225, PAR.4. da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5., XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente a compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal.(BRASIL, 1995, <<http://www.stf.jus.br>>)

Ou seja, o relator ao analisar o caso, em momento algum vislumbrou qualquer ilegalidade ou irregularidade no ato da administração pública ao impor a restrição ao uso e gozo da propriedade, no intuito de preservar a área dita como de preservação ambiental.

No entanto, tal limitação administrativa, mesmo que imposta para preservar a natureza e garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado disposto na legislação brasileira, não pode desconsiderar e suprimir o direito de propriedade, presente e consagrado na Constituição Federal e Legislação infraconstitucional, sob pena de causar prejuízo ao proprietário e ofensa aos princípios e artigos da legislação que protegem o direito de propriedade.

Tal desconsideração era pleiteada pelo Estado de São Paulo, que insurgiu-se contra o acórdão publicado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que concedeu aos proprietários das áreas que sofreram a limitação administrativa, o direito ao recebimento de indenização, como forma de compensar a perda do direito de usar e gozar do bem, impedindo-lhes de colher os frutos que a propriedade geraria, caso não houvesse a limitação administrativa.

Assim, tendo a limitação administrativa sido imposta após a aquisição da propriedade, e estando devidamente comprovado nos autos que houve a redução da área útil da propriedade, bem como perda do domínio pelos proprietários, a justa indenização aos mesmos é devida. Neste sentido, o relator em seu voto, destacou:

A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5., XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do dominus, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, PAR. 4., da Constituição. (BRASIL, 1995, <<http://www.stf.jus.br>>)

O trecho exposto acima está em consonância com o que está sendo apresentado no presente trabalho, eis que o direito de propriedade é garantido em nossa Constituição, assim como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Porém, não pode o proprietário, que perderá o domínio de sua propriedade e não poderá cultivar e/ou construir no seu bem, arcar com tal ônus com exclusividade, em prol da coletividade. Nas palavras do relator:

Sendo de índole comum o direito à preservação da integralidade ambiental, não se pode impor apenas aos proprietários de áreas localizadas na Serra do Mar – que venham a sofrer as consequências derivadas das limitações administrativas incidentes sobre os seus imóveis – os ônus concernentes à concretização, pelo Estado, de seu dever jurídico-social de velar pela conservação, em benefício de todos, de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. (BRASIL, 1995, <<http://www.stf.jus.br>>)

Assim, a decisão objeto de análise é de suma importância para resguardar o direito de propriedade insculpido em nossa Carta Magna, eis que no voto, restou devidamente esclarecido que apesar da legislação anterior e a própria Constituição Federal considerar a preservação ambiental como dever de todos, tal alegação não encontra guarida para eximir a administração pública de proceder o pagamento de

uma justa indenização ao proprietário que perde o direito de dispor de seu bem. Para o Ministro, caso fosse acolhida a tese arguida pelo Estado de São Paulo e os proprietários não fossem indenizados (BRASIL, 1995, <<http://www.stf.jus.br>>) “implicaria virtual nulificação do direito de propriedade, com todas as graves consequências jurídicas que desse fato adviriam”.

Desta forma, para preservar o direito de propriedade insculpido em nossa Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal decidiu que quando a administração pública instituir limitação administrativa em face da propriedade, sob a justificativa de preservação ambiental, e tendo tal limitação gerado prejuízo econômico ao proprietário e/ou lhe impedido de usufruir o bem, caberá ao poder público indenizá-lo. Nas palavras do relator:

Sendo assim, a criação de reservas florestais e a inclusão, nelas, de imóveis sujeitos à esfera dominial privada não podem revestir-se de caráter confiscatório, impondo-se reconhecer, em consequência, mas essencialmente em obséquio ao princípio constitucional que tutela o direito de propriedade, o dever estatal de proceder a uma necessária e justa compensação reparatória dos danos ocasionados. (BRASIL, 1995, <<http://www.stf.jus.br>>)

Com tal posicionamento, o Supremo Tribunal Federal encerrou a discussão quanto ao dever ou não do Estado indenizar o proprietário vítima de limitação administrativa para fins de preservação ambiental, sendo atualmente pacífico o entendimento de que independentemente da tutela legal que a limitação busca proteger, ao proprietário é cabível uma justa indenização.

Encerrada tal discussão e estando pacífico o entendimento de que ao proprietário de área atingida por limitação administrativa, que limite o uso e gozo da propriedade, cabe ao poder público, ao instituir a limitação, proceder o pagamento de indenização ao proprietário. Assim, tem-se que ao restringir o direito de usar e gozar a propriedade, o Poder Público deveria realizar a desapropriação da área e indenizar o proprietário, evitando assim prejuízos e discussões judiciais.

No entanto, a administração pública, no intuito de eximir-se de tal ônus, impõe a restrição ao uso e gozo da propriedade, mas não procede o pagamento de indenização ao proprietário, que permanece como titular da propriedade, responsável pelos tributos oriundos dela, mas impedido de usar e gozar do bem, por conta da limitação administrativa.

Frente a tal situação, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento, no sentido de que o proprietário que perde o direito de usar e gozar de sua propriedade deve receber uma indenização. Nas laudas seguintes, abordaremos os meios legais que o proprietário possui, para buscar na justiça o recebimento de indenização, pela perda do direito de usar gozar da propriedade.

4.3 A ação de desapropriação indireta como forma do proprietário pleitear indenização perante a Administração Pública

Conforme exposto acima, é pacífico o entendimento de que restrições ao uso e gozo da propriedade privada para o fim de preservação ambiental, dá ensejo ao proprietário o recebimento de uma justa indenização. No entanto, em razão dos altos custos que tal indenização podem causar ao poder público, atrelado ao fato de que o mesmo não possui o mínimo interesse em indenizar o proprietário, em alguns casos, é instituída a restrição administrativa, mas não é procedido o pagamento da respectiva indenização ao proprietário.

Frente a tal situação e flagrante desrespeito para com a legislação vigente, para que o proprietário não arque com tamanho prejuízo, cabe ao mesmo, buscar no poder judiciário o direito ao recebimento de indenização. Assim, no presente subcapítulo, abordaremos a Ação de Desapropriação Indireta e seus requisitos, ação cabível para ingresso pelos proprietários prejudicados, que utilizam a propriedade como moradia, fonte de subsistência, etc. Enfim, cidadãos estes que, ao sofrerem a limitação administrativa, veem sua propriedade esvair o valor econômico e ao mesmo tempo perdem o direito de usar e gozar da propriedade adquirida.

A Ação de Desapropriação Indireta possui sua natureza jurídica no dano sofrido pelo proprietário, vítima de restrição administrativa em sua propriedade. Assim, considerando que a após a restrição administrativa perante a propriedade sob o argumento de necessidade de preservação ambiental, opera-se uma espécie de esbulho possessório pelo Poder Público, eis que o mesmo restringe o poder do proprietário, usurpando o seu domínio sobre o bem, cabe ao proprietário buscar o ressarcimento pelos danos sofridos. Para Francisco Carlos Duarte:

Em resumo, a violação da posse origina uma lide qualificada pela pretensão indenizatória e pela resistência do esbulhador. É essa a lide objeto da ação

de desapropriação indireta, que deverá ser solucionada. A ação de desapropriação indireta é, pois, meio de pacificação social, a qual visa tutelar o direito subjetivo de propriedade. (DUARTE, 2011, p. 61)

Assim, tendo o proprietário sofrido a restrição administrativa em sua propriedade, cabe ao mesmo buscar o ressarcimento pela via da ação de conhecimento, conforme Duarte (2011, p.60) “se o que se deseja é o ressarcimento dos danos decorrentes da lesão do direito de propriedade, a ação adequada é de conhecimento, na modalidade condenatória”. Deste modo, cabe ao proprietário ingressar com a ação, demonstrar o prejuízo sofrido, para que ao final, tenha os pedidos julgados procedentes.

A referida ação possui divergência entre a doutrina e jurisprudência. Para Duarte (2011, p. 82) “a ação tem caráter pessoal – embora seja legitimado o proprietário para propô-la – mas este fato não a desnatura, já que não persegue a coisa, mas o seu equivalente econômico”. Por outro lado, em pesquisa de jurisprudência junto ao Supremo Tribunal Federal, tem-se que as ações de Desapropriação Indireta, são classificadas como de direito real.

Tal classificação é necessária para delimitar o marco prescricional e também para instituir o foro competente para julgar a ação, qual seja o do domicílio do réu ou da situação da coisa, conforme dispõe o artigo 47 do Código de Processo Civil. No intuito de suprir tal discussão, Duarte, expõe o seguinte:

Ora, no caso da desapropriação indireta, embora o fundamento do pedido seja a lesão ao direito de propriedade, o que se pretende é uma determinada soma em dinheiro e não o imóvel, razão por que não incide a regra do aludido art. 95, devendo ela ser proposta no domicílio do réu. Ademais, propor a ação no domicílio do réu e não no foro da situação da coisa em nada prejudica. Ao contrário, fica ele em situação mais cômoda para apresentar a sua defesa. (DUARTE, 2011, p. 82)

Deste modo, conforme o doutrinador, não há óbice em ingressar com a ação no domicílio do réu ou no da situação da coisa. Porém, considerando que sendo a ação movida em face do Município ou Estado, é competência da Justiça Estadual e em face da União, da Justiça Federal, para evitar qualquer alegação de incompetência e facilitar eventual produção de prova *in loco*, é mais confortável ingressar com a ação do foro em que se encontra o bem.

A discussão quanto a natureza da ação ser de direito real ou pessoal, não possui reflexos somente na discussão da competência para propositura da ação, mas também no marco prescricional.

Neste contexto, considerando que os Tribunais Superiores classificam a ação como sendo de direito real, temos que a Ação de Desapropriação Indireta, prescreve em 10 anos. Nas palavras de Duarte:

Portanto, salvo melhor juízo, outra não é a conclusão a se firmar, qual seja, a de que o prazo prescricional deve se dar em dez anos para as ações de indenização por desapropriação indireta – já que são de natureza real -, sendo necessário, quando extrapolado aquele prazo, declarar a extinção do processo com julgamento de mérito (CPC, art.269,IV) (DUARTE, 2011, p. 118)

Portanto, o prazo prescricional da Ação de Desapropriação Indireta é de 10 anos, tendo como marco inicial a limitação administrativa que retirou do proprietário o direito de usar e gozar de sua propriedade.

Quanto a legitimidade para propor a ação, temos que cabe ao proprietário ou proprietários da área objeto da restrição administrativa e no polo passivo deve integrar à lide a Pessoa Jurídica que praticou o ato que limitou o direito de propriedade.

Em suma, a Ação de Desapropriação Indireta segue o rito do processo de conhecimento disposto no Código de Processo Civil, devendo preencher os mesmos requisitos das demais ações que versem sobre pedido de indenização. Neste sentido, imperioso ressaltar que mais do que provar a limitação ao direito de propriedade, para fazer jus ao recebimento de indenização é necessário que o proprietário produza provas quanto ao prejuízo, bem como da impossibilidade de exploração da propriedade em outra área.

O doutrinador Paulo de Bessa Antunes atenta para o momento de valorização da preservação, de modo que em algumas situações, independentemente da restrição administrativa, o proprietário, não terá prejuízo econômico. Neste sentido:

[...] o momento atual é de valorização dos bens naturais e que, atualmente, está sendo desenvolvida uma poderosa indústria turística e de pesquisas científicas que, dependendo da forma de conservação a qual uma determinada região está sendo submetida, podem ser praticadas perfeitamente. Muitas vezes, é o próprio estabelecimento de áreas de preservação que irá servir de suporte para a valorização econômica de um bem. É necessário que os tribunais estejam atentos para o fato e que a análise do esvaziamento econômico leve em consideração as novas formas

de atividade econômica. Evidentemente que o limite entre a “limitação administrativa” do direito de propriedade e o esvaziamento deste mesmo direito é extremamente tênue e precisa ser examinado em cada caso concreto. (ANTUNES, 2005, p. 519)

Neste contexto, não basta ao proprietário carrear aos autos a Lei que impõe a limitação ao direito de propriedade e/ou negativa de autorização para construção, modificação, derrubada de árvores da propriedade. Tais documentos corroboram com a tese do proprietário e demonstram o apossamento do bem por parte da Administração Pública. No entanto, para lograr êxito com a ação, além de demonstrar a imprescindível realizar prova do esvaziamento econômico da propriedade, seja ele total ou parcial.

Nas palavras de Duarte (2011, p. 144) “não basta à parte alegar a existência do fato caracterizador da lesão ou seu direito subjetivo de propriedade, deve prová-lo”. Deste modo, o proprietário, ao ingressar com a Ação de Desapropriação Indireta, deve apresentar prova documental da propriedade do bem ou do direito de posse do mesmo; documentos que demonstrem o apossamento administrativo do seu imóvel, impedindo o uso e gozo da propriedade; produzir prova quanto ao esvaziamento econômico da propriedade, apresentada por meio de avaliações e realização de perícia na propriedade.

Ou seja, considerando que o esvaziamento econômico da propriedade deve ser comprovado e é imprescindível para caracterizar o direito ao recebimento de indenização, cabe a parte autora, postular já na petição inicial, pela produção de prova pericial da propriedade, para que o perito, designado pelo juízo avalie a área e produza laudo técnico, apresentando o valor do imóvel sem qualquer limitação e o valor da propriedade após a limitação administrativa, o que comprovará o dever do Poder Público indenizar o proprietário.

Após a instrução do processo, restando devidamente comprovado a perda do direito de usar e gozar da propriedade, bem como da perda de valor econômico da mesma, estando caracterizado a desapropriação, a ação será julgada procedente. Quanto ao valor da indenização, estando o valor do bem demonstrado na prova produzida, o montante será fixado em sentença. Do contrário, o quantum indenizatório será fixado por arbitramento na fase de liquidação de sentença.

Importante salientar que a Ação de Desapropriação Indireta é cabível pelo proprietário do imóvel que sofre a limitação administrativa. Caso, após a imposição da

limitação administrativa o imóvel seja adquirido por terceiro quando já conste a limitação administrativa, não terá direito ao recebimento de indenização, eis que estava a seu alcance diligenciar e tomar conhecimento da limitação ao direito de propriedade. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. CRIAÇÃO DO PARQUE NATURAL MUNICIPAL MORRO JOSÉ LUTZENBERGER. INDENIZAÇÃO DESCABIDA. 1. Afastada a prefacial de prescrição quinquenal prevista no art. 10, parágrafo único, do Decreto-lei nº 3.365/41, considerando a data do Decreto Municipal nº 116, de 4-12-2013. 2. A pretensão está fundada não em desapropriação indireta, mas em limitação administrativa, porquanto a insurgência diz com a impossibilidade de edificação na propriedade. 3. Quando da compra do imóvel, a área já era considerada de preservação permanente, conforme a Lei nº 4.771/65. A superveniente Lei nº 12.651/12 (Novo Código Florestal) e, no âmbito local, o Decreto Municipal nº 116/2013, que criou o Parque Natural Municipal Morro José Lutzenberger, somente corroboraram aquela circunstância, a qual se presume de conhecimento dos adquirentes. 4. **Assim, ao tempo da aquisição, já havia fundamento legal a caracterizar a área como de preservação permanente, situação essa que, por se presumir inserida no preço do bem, não enseja indenização pelas limitações administrativas que incidem sobre a área, já que incumbe ao adquirente examinar previamente a situação do imóvel quando da compra.** 5. Além disso, não houve comprovação de que a edição do Decreto Municipal nº 116/2013 inseriu outras limitações, não existentes ao tempo da aquisição do terreno, que poderiam ensejar uma diminuição do preço. AFASTARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível, Nº 70079410809, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em: 31-01-2019) [0] (RIO GRANDE DO SUL, 2019, <<http://www.tjrs.jus.br>>, grifo nosso)

Conforme exposto acima, não basta ao proprietário apresentar o Decreto ou Lei que impôs a restrição, é necessário que o mesmo, desde a petição inicial e durante a instrução do processo demonstre que ao adquirir a propriedade não existia a restrição, bem como que após instituída a restrição, perdeu o direito de usar e gozar da mesma, acarretando no esvaziamento econômico da propriedade.

Sendo assim, temos que a Ação de Desapropriação Indireta é o meio jurídico que o proprietário, vítima da desapropriação irregular de sua propriedade, possui de buscar a devida indenização perante o Poder Público. A referida ação possui requisitos os quais foram apresentados acima, sendo que estando preenchidos, ao final da ação, o proprietário logrará êxito e fará jus ao recebimento de indenização.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho demonstramos a evolução do conceito de propriedade com o avanço e mudanças sociais do mundo, tendo sido traçado um histórico da construção da propriedade desde os primórdios até o conceito contemporâneo do mundo ocidental.

Com as mudanças e avanço dos humanos no decorrer dos séculos, foi-se moldando o direito de propriedade, sendo que no Brasil, a propriedade teve a proteção constitucional desde a primeira Constituição em 1824, a qual concedia ao proprietário o direito de utilizar da propriedade como bem entendesse, sem qualquer preocupação quanto aos danos que pudesse causar para terceiros.

O direito de propriedade, garantido desde a primeira constituição brasileira foi sofrendo alterações e moldando-se as necessidades e avanços das discussões quanto aos direitos individuais e coletivos. Neste ponto, conforme exposto no trabalho, a Constituição Federal de 1988 foi um marco divisor, eis que em expressamente em seu texto traz a função social da propriedade e proteção do meio ambiente como forma de garantir os direitos individuais e coletivos. Ou seja, o proprietário deve utilizar a propriedade não só visando seu lucro e sem preocupação com danos que pode causar a terceiros.

Pelo contrário, cabe ao proprietário utilizar a propriedade em respeito aos princípios constitucionais, utilizando da propriedade como meio de renda, mas sem causar impactos ambientais ou danos aos demais cidadãos, sob pena de ferir o princípio da função social da propriedade.

Todo este contexto e avanço das discussões mundiais sobre a preservação ambiental, fez com que o Brasil, ao promulgar a Constituição Federal de 1988, trouxesse para a Constituição o dever de todos, tanto o Poder Público, tanto o privado de solidariamente preservar a natureza, sendo ônus da administração pública fiscalizar, punir os que não cumprem a regra, bem como instituir áreas de preservação, com o fim de tornar real os mandamentos da Constituição Federal.

Neste contexto, o trabalho abordou a legislação constitucional que dispõe sobre o direito de propriedade e a tutela ambiental, prevista de forma ampla em nossa Constituição Federal e legislação infraconstitucional e as limitações administrativas

impostas pelo Poder Público sob a justificativa de preservação ambiental em face da propriedade privada e suas consequências ao proprietário atingido.

Assim, durante o trabalho, restou demonstrado que o proprietário de imóvel atingido por limitação administrativa voltada para preservação ambiental possui direito ao recebimento de indenização pela perda do direito de usar e gozar a propriedade. Tal indenização possui como fundamento a limitação do proprietário em usar e gozar de sua propriedade, de modo que caso não receba a indenização, o direito fundamental a propriedade, previsto em nossa Constituição Federal, não será respeitado e o proprietário arcará com ônus indevido.

Tal abordagem é necessária, eis que fundamental para elencarmos quando que os proprietários possuem direito de receber indenização pela administração pública. Assim, restou demonstrado que apesar da preservação ambiental ser dever comum de todos, não pode o cidadão, proprietário de área, instituída como de preservação, ser impedido de usá-la e não receber indenização, sob a justificativa de ser responsável pela preservação ambiental. Neste caso, cabe a administração pública, instituir a área de preservação e indenizar o proprietário, para que o mesmo não sofra prejuízos.

Caso a administração pública não proceda de tal forma, instituindo a limitação administrativa, mas não procedendo o pagamento de uma justa indenização ao proprietário, cabe ao mesmo buscar a tutela judicial, ingressando com a ação de desapropriação indireta em face do Poder Público, no intuito de buscar o ressarcimento pela perda do direito de usar e gozar da propriedade.

Assim, ingressando o proprietário com a ação de desapropriação indireta, cabe ao mesmo demonstrar que houve a limitação administrativa posterior a aquisição da propriedade, bem como a perda da possibilidade de usar e gozar do bem, de modo com que a administração pública será condenada ao pagamento de indenização ao proprietário.

Neste interim, conclui-se com o presente trabalho que apesar da preservação ambiental ser dever comum de todos, não pode o proprietário arcar com ônus de forma individual em prol da coletividade, razão pela qual, instituída a área de preservação ambiental em propriedade privada, a administração pública deve indenizar o proprietário e caso não o faça, a medida legal para buscar o ressarcimento é a ação de desapropriação indireta, ação pela qual, comprovado a perda do direito de usar e

gozar da propriedade e o esvaziamento econômico da mesma, o direito ao recebimento de indenização será necessário.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. *Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824*, p. 7, Rio de Janeiro, RJ, 25 março. 1824.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Decreto-Lei 3.365, de 21 de Junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, RJ, 21, jun. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2019

_____. Emenda Constitucional (1969). Emenda Constitucional nº 1. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 17 out. 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, RJ, 1º, jan. 1916. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>) Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Lei 6.938, 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 ago.1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Lei 7.347/1985, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 jul.1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 maio 2019.

_____. Lei 9.605/1998, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 fev.1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. Lei 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 jul.2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 maio. 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 134.297*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 10 set. 2019.

CARVALHO, Délton Winter de. A função ambiental da propriedade: Caráter conceitual para a modulação de conflitos socioambientais. 10.ed. Rio de Janeiro: *Revista de Direito da Cidade*, p. 1662-1691, 2018. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/33089/26017>. Acesso em 18 jan. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Francisco Carlos. *Ação de Indenização por Desapropriação Indireta*. 1.ed. 6. reimpressão. Curitiba: Jurúa Editora, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

IGLECIAS, Patrícia. *Direito Ambiental Parte I - Proteção do meio ambiente no Brasil 2. O meio ambiente e as constituições federais brasileiras*. 2. ed. e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/92126273/v1/document/100230070/anchor/a-100230070>>.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: A gestão Ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Direito do Ambiente*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MILARÉ, E.; MAZZILLI, H.N; FERRAZ, A.A.M.C. *O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição*. <<http://www.mazzilli.com.br/>>, [s. l.], [201-]. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpambcf.pdf>> Acesso em: 10, ago. 2019.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível/ 70079410809*. Apelante: Município de Guaíba. Apelada: Joao Antonio Ranzan e Zaira Elizabeth Campos Ranzan. Relatora: Desembargadora Matilde Chabar Maia, Porto Alegre, RS, 31 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 set. 2019

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil Direitos Reais*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.