DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE PRIVADA E FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL: REGULAÇÃO OU LIMITAÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL?

CLAUDIO ARI MELLO*

RESUMO: O artigo pretende mostrar que o conceito do direito fundamental à propriedade não pode ser compreendido como sendo formado exclusivamente pelos usos privados do bem. A propriedade privada não exclui o proprietário da comunidade política e mesmo da comunidade humana. O proprietário está inevitavelmente sujeito a condições de convivência com os demais membros da comunidade política e humana que o colocam uma relação permanente de reciprocidade jurídica com eles. Por isso a função social da propriedade não é um limite externo à propriedade privada, mas um elemento constitutivo do seu próprio conteúdo essencial.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Constitucional; Direito Ambiental; Direitos Fundamentais; Propriedade Privada; Função Social da Propriedade; Limites aos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The article intends to show that the concept of the fundamental right to property must not be understood as being formed exclusively by the private uses of the thing. The private property does not exclude the owner from the political community or even from the human community. The owner is inevitably subject to conditions of living-together with the other members of the political and human community, which put him in a permanent relationship of juridical reciprocity with them. That is why the social function of property is not an external limit on private property, but a constitutive element of its essential content.

KEYWORDS: Constitutional Law; Environmental Law; Fundamental Rights; Private Property; Social Function of Property; Limitations on Fundamental Rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A propriedade na filosofia política; 2. A propriedade limitada pela comunidade; 3. A propriedade e a sua função social; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. The property in the political philosophy; 2. The property limited by the community; 3. Property and its social function; Conclusion; Bibliographical References.

Artigo recebido em 15.11.2010. Pareceres emitidos em 3.12.2010 e 22.12.2010.

Artigo aceito para publicação em 6.01.2011.

* Doutor em Teoria do Direito pela UFRGS e Mestre em Direito do Estado pela PUCRS. Professor da Faculdade de Direito da PUCRS e da Escola Superior do Ministério Público/RS. Promotor de Justiça.

INTRODUÇÃO

A incorporação de normas de proteção do meio ambiente em um sistema jurídico provoca inevitavelmente uma tensão com o direito de propriedade. É bem verdade que a regulação jurídica das relações entre o homem e o mundo natural não foi ignorada na antiguidade e especialmente na modernidade.¹ Entretanto, a preocupação sistemática com a proteção jurídica do meio ambiente pode ser reconhecida como uma conquista recente da humanidade. No momento histórico em que ela emergiu, a propriedade já não era mais compreendida como um direito absoluto do indivíduo, como uma espécie de fortaleza individual imune aos interesses da sociedade política. Bem ao contrário, quando a questão ambiental eclodiu, a partir dos anos sessenta e setenta do século passado, os sistemas legais ocidentais já haviam recuperado a antiga ideia grega de que “a propriedade obriga” (*Eigentum verpflichtet*), que ficara ofuscada ao longo da hegemonia política do liberalismo econômico e que foi introduzida nos ordenamentos jurídicos modernos pelo célebre artigo 153 da Constituição de Weimar em 1919. Ainda assim, a emergência de normas legais de proteção ambiental repõe velhas querelas e provoca outros tantos novos problemas de convivência entre o domínio individual e valores e interesses de dimensão comunitária. A solução desses velhos e novos problemas exige repensar os fundamentos do direito de propriedade a fim de definir até onde é possível sacrificá-lo em nome da tutela jurídica de um interesse coletivo como a preservação ambiental.

A Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção por uma concepção relativa de propriedade, coerente com a sua adesão a um modelo econômico que associa o capitalismo à intervenção moderada do Estado para promover justiça social. Conquanto a tenha erigido ao *status* de direito fundamental no inciso XXII do artigo 5º, a Constituição imediatamente limita a extensão desse direito ao dispor, no inciso seguinte, que “a propriedade atenderá a sua função social”. Será possível encontrar, no texto da Lei Fundamental, diversas normas que restringem o direito de propriedade. A temática deste artigo, contudo, circunscreve-se aos fundamentos jurídicos dessa relação, por isso não iremos além das normas constitucionais que instituem os princípios constitucionais que definem a identidade essencial da propriedade no direito brasileiro. Nesse sentido, será importante acentuar que, ao estabelecer os princípios estruturantes da ordem constitucional econômica, no seu artigo 170, a Constituição Federal de 1988 conjugou a proteção da propriedade individual não apenas com a função social da propriedade, como também com diversos outros interesses sociais, dentre os quais a defesa do consumidor (inciso V), a defesa do meio ambiente (inciso VI) e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII). Portanto, quando pensamos a questão da convivência entre propriedade e meio ambiente no sistema político e jurídico construído com a nova ordem constitucional, devemos saber que estamos já mergulhados em um cenário onde o direito de propriedade não é absoluto e está fortemente limitado por interesses sociais de hierarquia constitucional. Sem embargo, esse esquema normativo não fornece de antemão todas as respostas para os diversos

¹ Neste sentido, ver a excelente exposição de Sean Coyle e Karen Morrow, *The Philosophical Foundations of Environmental Law: Property, Rights and Nature*.

conflitos que surgem quando o Poder Legislativo cria normas jurídicas que limitam o direito de propriedade para proteger o meio ambiente. Frequentemente a compreensão e a solução desses conflitos exigirão um retorno aos fundamentos filosófico-políticos dessa relação.

No curso deste ensaio, vou apresentar reflexões sobre esse tema partindo do pressuposto de que, no direito contemporâneo, especialmente em Estados que se assumem como democracias constitucionais, é frequentemente necessário efetuar juízos de racionalidade prático-moral para melhor compreender e resolver questões de direito.² Assim, grande parte do ensaio será ocupada para responder duas indagações básicas: é legítimo restringir a propriedade privada para preservar o meio ambiente? Há algum limite para o poder do Estado de impor tais restrições à propriedade? É possível que se considere a resposta a tais questões auto-evidentes ou ao menos relativamente simples. Entretanto, quando somos obrigados a pensar mais concretamente sobre os limites do poder de restringir a propriedade privada para proteger o meio ambiente parece inevitável voltarmos ao problema dos fundamentos políticos desse poder. Se um proprietário nos pergunta, de boa fé, porque deve deixar de usar grande parte da sua propriedade rural, que ele diligentemente explora para produzir alimentos, para manter intacta ou recuperar a mata nativa ou para implantar uma reserva florestal não parece suficiente nem satisfatório responder a ele invocando a mera existência de uma norma legal impositiva. Afinal, a sua pergunta no fundo remete aos fundamentos políticos desse dever jurídico, e é com base neles que devemos elaborar a resposta. Por isso, a reflexão não poderá satisfazer-se apenas com a interpretação dos textos do direito positivo. Para responder a esse proprietário que tem uma preocupação genuína de entender os fundamentos políticos do seu dever teremos que formular juízos de moralidade política, sem que, por isso, tenhamos que sair do domínio constitucional, já que a moralidade política exigida para a resposta ou está encerrada no próprio sistema constitucional, ou é no mínimo guiada por ele.

Nos últimos anos, o confronto entre os limites da propriedade privada e a defesa do meio ambiente no direito brasileiro ganhou novo fôlego com a resistência dos proprietários rurais de cumprir as regras do Código Florestal Brasileiro que disciplinam o micro-sistema jurídico das chamadas “áreas especialmente protegidas”, mais especificamente as áreas de preservação permanente e de reserva florestal. O argumento central desse movimento é de natureza econômica: a proibição de exploração das áreas de preservação permanente e de reserva florestal afetaria severamente a utilidade econômica privada das áreas rurais e provocaria grande impacto negativo na produção agropecuária brasileira, um dos principais trunfos econômicos do país no cenário econômico internacional. A radicalização dos proprietários rurais tem sido enfrentada com a radicalização dos ambientalistas. É comum assistirmos defensores da causa ambiental deslegitimar completamente as reivindicações dos proprietários rurais, acusando-os de estarem interessados exclusivamente no seu lucro privado e de não terem qualquer preocupação com o

² Para uma discussão aprofundada sobre essa problemática do constitucionalismo contemporâneo, ver a recente obra de Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la Moralidad*.

futuro da humanidade e do planeta. Posições “fundamentalistas” como essas inviabilizam um diálogo racional e ponderado e não parecem ser uma boa estratégia para nenhuma das partes. Talvez não se possa exigir dos contendores desta clivagem política um debate filosoficamente sofisticado sobre a questão, mas é possível que uma leitura da Constituição brasileira aberta à racionalidade prático-moral possa iluminar alguns pontos escuros dessa polêmica e eventualmente ajudar a reduzir a tensão do debate. Com sorte, podemos até chegar a um acordo constitucionalmente adequado sobre a coexistência entre a propriedade privada e o meio ambiente.

A intenção deste ensaio, então, é utilizar esse confronto específico e atual como um exemplo teoricamente expressivo e relevante de uma problemática mais geral e aplicar a ele uma metódica de reflexão jurídica ajustada à teoria do direito das democracias constitucionais contemporâneas. O objetivo, como já foi dito antes, é compreender os fundamentos filosófico-políticos que justificam, por um lado, a imposição de limites jurídicos à propriedade e, por outro, o estabelecimento de restrições a esses limites jurídicos, com vistas a proteger o que se pode perfeitamente chamar de conteúdo essencial do direito fundamental à propriedade em uma democracia constitucional que, como o Brasil, erigiu a propriedade privada ao mesmo tempo ao *status* de direito fundamental e de princípio nuclear da ordem econômica.

1. A PROPRIEDADE NA FILOSOFIA POLÍTICA

Neste tópico pretendo desenvolver alguns temas acerca da história da ideia de propriedade, isto é, de como a propriedade foi concebida no âmbito teórico em alguns momentos decisivos da história da filosofia política. Tratar-se-á de um estudo sucinto e meramente ilustrativo da ideia de propriedade em alguns autores canônicos. Meu propósito é examinar basicamente duas questões que julgo importantes para o objeto central deste ensaio: 1) A ideia de um bem externo que é meu, de um bem que me é próprio, de algo que eu, de alguma forma, adquirir e que se tornou minha propriedade encerra um poder de usar esse bem exclusivamente para a satisfação de meus interesses pessoais, ou a propriedade privada de um bem externo inclui já, necessariamente, uma exigência de usá-lo, ao menos parcialmente, em favor dos interesses da comunidade na qual o indivíduo proprietário está inserido? Dito de outra forma, é inerente à propriedade privada a realização de uma função social, ou a função social é um limite externo à propriedade privada, que pode ou não existir, e cuja existência depende de uma decisão política da comunidade? 2) Existe um direito natural à propriedade privada, que antecede a formação do Estado e está além e acima da sua autoridade política, ou a propriedade privada só existe a partir da criação do Estado e dentro dos limites previstos no ordenamento jurídico positivo do Estado? O exame da primeira questão exigirá uma incursão na filosofia política dos filósofos gregos. O exame da segunda questão requer uma análise da filosofia política moderna.

Os grandes filósofos da Grécia Antiga foram os primeiros a pensar sobre a propriedade das coisas externas. Tanto Platão quanto Aristóteles discutem a questão da propriedade nas suas reflexões sobre a concepção de uma sociedade justa. Para nenhum deles o domínio privado de algo externo justifica-se exclusivamente pelo interesse do indivíduo proprietário. A compreensão de Platão é, neste sentido, muito mais restritiva. No Estado ideal descrito e defendido em *A República*, ele sustenta

que não deve haver propriedade privada entre os guardiões, a classe governante que representa a elite cultural e política da República. Entre eles, deve imperar a posse em conjunto das coisas externas, isto é, uma espécie de economia comunista. O eventual interesse do indivíduo em possuir um bem privado é sacrificado porque, ao se construir uma cidade justa, deve-se ter como objetivo não a felicidade de um dos grupos que a compõem, mas a cidade como um todo.³

Ao contrário de Platão, Aristóteles admite a propriedade privada e não impõe obstáculos a ela para nenhuma espécie de cidadão. Entretanto, embora a propriedade possa ser usada pelo proprietário para satisfazer interesses seus ou de seu grupo familiar, ela deve simultaneamente ser usada em benefício do bem comum da comunidade em que ele está inserido. Para Aristóteles, como para Platão, o bem da *polis* é o supremo bem e se sobrepõe ao bem do indivíduo, que só se realiza plenamente como pessoa na medida em que a *polis* na qual vive se constitui como uma comunidade política justa. Portanto, o indivíduo pode possuir seus bens para satisfação de necessidades pessoais ou familiares, desde que esse uso para fins privados não prejudique o bem comum. Contudo, nem mesmo o uso de um bem privado é determinado pela vontade ou pelas inclinações pessoais do proprietário, já que as riquezas naturais, que se adquirem, por exemplo, pela agricultura, “são apenas um acervo de instrumentos para sustentar a vida humana”,⁴ ou seja, a propriedade de um bem externo tem como fim natural realizar o bem do grupo familiar do proprietário.

Por outro lado, os bens privados do indivíduo devem também ser usados em benefício da comunidade, sempre que isso se mostrar necessário para a realização do bem da cidade, isto é, para Aristóteles a propriedade privada, em uma comunidade política justa, possui necessariamente uma função social. Além disso, o bem comum justifica também a imposição de limites à propriedade privada e à riqueza individual. Isso ocorre porque a vida boa para o indivíduo é a vida em comunidade, portanto o seu bem pessoal só pode ser realizado quando ele vive em uma cidade justa, onde impere o bem comum. A instituição da propriedade privada é apenas um instrumento ou um meio para a consecução do bem comum, ou seja, da vida boa para cada um dos membros da comunidade:

O fim da sociedade é, portanto, viver bem, todas as instituições não são senão meios para isso, e a própria Cidade é apenas uma grande comunidade de famílias e aldeias em que a vida encontra todos estes meios de perfeição e suficiência. É isto o que chamamos uma vida feliz e honesta. A sociedade civil é, pois, menos uma sociedade de vida comum do que uma sociedade de honra e de virtude.⁵

Para Aristóteles a sociedade política não é uma associação de indivíduos isolados e auto-interessados que se reúnem e instituem um governo comum para defender a propriedade que cada um possui pela lei natural, tal como posteriormente

³ Platão, *A República*, 420b.

⁴ Aristóteles, *A Política*, p. 22.

⁵ Aristóteles, *A Política*, p. 56.

sustentará, por exemplo, John Locke. A *polis*, dirá Aristóteles, “é uma sociedade estabelecida, com casas e famílias, para viver bem, isto é, para levar uma vida perfeita e que se baste a si mesma”.⁶ Como o uso da propriedade privada é vinculado aos fins que se dirigem à consecução do bem geral da comunidade política, e a prosperidade excessiva corrompe o homem e o afasta do interesse pelo bem comum, “é conveniente estabelecer através das leis que ninguém possa adquirir poder, crédito ou riqueza demais”.⁷ A riqueza excessiva, assim como a miséria, produz um estado de desigualdade social que tende a desintegrar a Cidade, por isso as leis devem incentivar a mediania, ou a propriedade apenas moderada de bens particulares.⁸ Essa limitação à riqueza privada é justificada precisamente porque a propriedade particular deve estar a serviço da justiça comum da *polis*, como ressalta Richard Kraut:

Assim, embora haja propriedade privada, isto ocorre porque é reconhecido por todos que um sistema de propriedade individual que esteja em vigor deve servir às necessidades legítimas dos cidadãos e não deve impedir a consecução de qualquer finalidade comum. Ninguém tem uma pretensão prévia a uma certa parte de terra; ao contrário, a terra é distribuída pela comunidade aos cidadãos individuais em conformidade com um plano que provê as necessidades de todos. Cada membro da comunidade reconhece que receberá um lote individual porque esse modelo de distribuição beneficia igualmente a todos.⁹

Recuperar o pensamento filosófico-político de Platão e Aristóteles é importante porque em suas obras podemos conhecer a gênese da concepção de função social da propriedade privada. Em Aristóteles, especialmente, está claro que a função social é um elemento intrínseco à propriedade. A propriedade privada só se justifica *porque* cumpre e *desde que* cumpra a sua função de participar do e contribuir para o bem comum da cidade. É esta concepção que foi ofuscada pelo liberalismo individualista da modernidade e que precisa ser ao menos parcialmente recuperada para que se possa efetivamente compreender o significado e o alcance das cláusulas constitucionais contemporâneas que, mesmo em economias capitalistas, impõem à propriedade privada a observância de uma função social.

Conforme anunciei no início deste tópico, uma segunda questão filosófica será útil para refletirmos sobre a relação entre propriedade e meio ambiente. Trata-se, basicamente, de saber se existe um direito natural à propriedade privada, que antecede a formação do Estado, ou se a propriedade privada só existe a partir da criação do Estado e nos limites previstos no seu direito positivo. Essa questão filosófico-política é importante porque com frequência os defensores da propriedade privada alegam que o Estado não tem o direito de impor medidas restritivas ao direito de propriedade, como se o direito à propriedade fosse algo natural, anterior e superior aos poderes políticos e jurídicos do Estado. Eles sustentam, em suma, que a propriedade é um

⁶ Aristóteles, *A Política*, p. 55.

⁷ Aristóteles, *A Política*, p. 235.

⁸ Aristóteles, *A Política*, p. 188-190.

⁹ Richard Kraut, *Aristotle*, p. 323.

direito sagrado e inviolável, praticamente um direito absoluto. A célebre Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776, afirma serem *verdades auto-evidentes*: 1) que todos os homens são iguais e dotados de direitos inalienáveis, entre eles a vida, a liberdade e a procura da felicidade; e 2) que os governos são instituídos para assegurar esses direitos entre os homens. Pois bem, essa linha de argumento entende ser uma verdade auto-evidente que todos os homens são dotados de um direito inalienável à propriedade e que o governo foi constituído para garanti-la. Esse tipo de argumento tem o importante respaldo histórico da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 2º proclama que “a finalidade de toda associação política é a garantia dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, sendo tais direitos a liberdade, a *propriedade*, a segurança e a resistência à opressão.

Com relação a essa forma de compreender a propriedade como um direito natural do homem, anterior ao surgimento do Estado e imune a sua autoridade política, vamos encontrar importantes reflexões filosóficas formuladas já na modernidade, tendo em vista o contexto político e econômico que resultou da Era Moderna. Essas reflexões aparecem expostas por pensadores especialmente preocupados em encontrar uma justificativa para a existência e a autoridade do Estado, e que dedicaram especial atenção ao direito de propriedade. Entre os mais representativos e influentes desses pensadores, destacam-se os ingleses Thomas Hobbes e John Locke e o alemão Immanuel Kant.

Hobbes é particularmente expressivo na sua compreensão sobre o direito de propriedade. Para ele, no estado de natureza, isto é, em uma condição hipotética em que ainda não surgiu ou por alguma razão dissolveu-se a soberania do Estado, “não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o *meu* e o *teu*; só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo”.¹⁰ No estado de natureza ainda não foi estabelecido um poder coercitivo que possa definir o que é justa e o que é injusta. Esse poder só surge com a formação de um Estado que determina o que é justo, inclusive o que é devido a cada um. Antes do surgimento do Estado não pode haver propriedade porque “todos têm direito a todas as coisas”.¹¹ A concepção hobbesiana de propriedade aparece bem sintetizada na seguinte passagem:

Pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo o homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por nenhum de seus concidadãos: é a isto que os homens chamam de *propriedade*. Porque antes da constituição do poder soberano todos os homens tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra. Portanto, esta propriedade, dado que é necessária à paz e depende do poder soberano, é um ato deste poder, tendo em vista a paz pública. Essas regras de propriedade (ou *meum* e *tuum*), tal como o *bom* e o *mau*, ou o *legítimo* e o *ilegítimo* nas ações dos súditos, são as leis civis.¹²

¹⁰ Thomas Hobbes, *Leviathan*, p. 110.

¹¹ Hobbes, *Leviathan*, p. 124.

¹² Hobbes, *Leviathan*, p. 148.

A propriedade é, portanto, um “efeito do Estado”, ela nasce de um ato do soberano, que a introduz através de leis distributivas que determinam o que cada um pode afirmar ser *seu*. Essa distribuição afeta inclusive a divisão de terras: “o soberano atribui a todos os homens uma porção (de terra), conforme o que ele, e não conforme o que qualquer súdito, ou qualquer número deles, considerar compatível com a equidade e o bem comum”.¹³ Por isso o direito de propriedade confere ao súdito o poder de excluir todos os outros súditos das terras que lhe foram outorgadas pela lei do soberano, mas não lhe dá o poder de excluir o próprio soberano, dado que este não faz nada que não vise à paz e à segurança da comunidade, e a própria distribuição de terras é feita por ele visando a esses fins. Mas mesmo quando eventualmente a distribuição se fizer em prejuízo da paz ou da segurança, não está o súdito autorizado a rebelar-se ou acusar o soberano de injustiça, porque o contrato social que todos estabeleceram ao constituir o Estado dá a ele um poder absoluto e incontestável de definir em suas leis positivas o que vale como justo e como injusto na sociedade política.¹⁴ Em seu ataque devastador à doutrina do direito natural de propriedade, no capítulo dezenove do *Leviathan* Hobbes chega a arrolá-la como uma das *enfermidades* que enfraquecem ou levam um Estado à dissolução:

A quinta doutrina que tende para a dissolução do Estado é que *todo o indivíduo particular tem propriedade absoluta de seus bens, a ponto de excluir o direito do soberano*. Todo o homem tem, na verdade, uma propriedade que exclui o direito de qualquer outro súdito, e tem-na apenas devido ao poder soberano, sem cuja proteção qualquer outro homem teria igual direito à mesma coisa.¹⁵

Hobbes consolida uma forma de pensar sobre o Estado que vinha evoluindo desde o final de Idade Média, com a introdução da categoria do estado de natureza como uma hipótese de investigação sobre a legitimidade da associação política, tenha ou não tal estado existido efetivamente na história da humanidade. Como vimos, ele nega que possa existir um direito de propriedade antes da constituição de um Estado ou quando a autoridade jurídica desaparece em uma comunidade política. John Locke, que aparentemente acreditava na existência real de um estado de natureza histórico, deu sequência a esse modo de pensar o Estado, porém chegando a conclusões opostas às de Hobbes. Para Locke, o homem tem um direito natural à propriedade, ou seja, ele goza de um direito de propriedade sobre as coisas já no estado de natureza, e o Estado é constituído unicamente com a função de proteger com mais eficácia os direitos naturais do indivíduo. É verdade que o conceito de propriedade de Locke não se limitava ao domínio de bens externos e alcançava também a vida e o corpo do indivíduo. Porém, não precisamos aprofundar a análise do conceito complexo de propriedade do filósofo inglês, já que ele também concebe a propriedade de coisas ou bens externos como um direito que o indivíduo possui no estado de natureza, concepção que basta para compreendermos em que ele se afasta da teoria hobbesiana.

¹³ Hobbes, *Leviathan*, p. 196.

¹⁴ Hobbes, *Leviathan*, p. 196-197.

¹⁵ Hobbes, *Leviathan*, p. 246.

No capítulo V do *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, Locke reflete sobre a propriedade com especial ênfase no domínio sobre terras. Locke entendia basicamente que originalmente todas as terras eram comuns, e que o homem adquire um direito sobre a terra quando nela trabalha e produz: “Deus deu o mundo aos homens em comum; mas desde que lhes deu para seu benefício e para que dele retirassem as comodidades da vida de que fossem capazes, não se poderia supor que Ele pretendesse que ela permanecesse sempre comum e inculta. Ele a deu para o uso industrioso e racional (e o trabalho deveria ser o título)”.¹⁶ Portanto, embora a terra seja originalmente comum a todos os homens, ao trabalhar sobre ela o homem a individualiza, a “separa do bem comum”, e adquire sobre ela um título de propriedade. Não há necessidade de um acordo ou um contrato social entre todos os indivíduos que compõem uma sociedade política para que a propriedade se transforme em um direito; basta que um homem trabalhe sobre um bem externo originalmente comum para adquirir o domínio sobre ele, já que é “o trabalho [que] constitui a propriedade”, conforme fica claro na seguinte passagem:

A superfície da terra que um homem trabalha, planta, melhora, cultiva e da qual pode utilizar os produtos, pode ser considerada sua propriedade. Por meio do trabalho, ele a limita e a separa do bem comum. Não bastará, para provar a nulidade de seu direito, dizer que todos os outros podem fazer valer um título igual, e que, em consequência disso, ele não pode se apropriar de nada, nada cercar, sem o consentimento do conjunto dos seus co-proprietários, ou seja, de toda a humanidade. Quando Deus deu o mundo em comum a toda a humanidade, também ordenou que o homem trabalhasse (e que) submetesse a terra, isto é, a melhorasse para beneficiar sua vida, e, assim fazendo, ele estava investindo uma coisa que lhe pertencia: seu trabalho. Aquele que, em obediência a este comando divino, se tornava senhor de uma parcela de terra, a cultivava e a semeava, *acrescentava-lhe algo que era sua propriedade, que ninguém podia reivindicar nem tomar dele sem injustiça*.¹⁷

A seguir, Locke expõe algumas interessantes considerações sobre a relação entre a terra cultivada e a terra preservada, a fim de mostrar que a terra trabalhada pelo homem possui muito mais valor para o bem do indivíduo e da humanidade do que a terra inculta. A terra que recebe o trabalho do homem aumenta a reserva de provisões que servem para sustentar a vida humana e por isso “vale dez vezes mais” do que a terra inculta, como acontece com as florestas selvagens da América, que, abandonadas à própria natureza, não são usadas para a agricultura e, portanto, em nada contribuem para melhorar o bem-estar da humanidade. Os ingleses podem gozar de uma vida confortável porque cultivam as suas terras e dela extraem suas maiores riquezas. Os americanos são ricos em terras e pobres nos confortos da vida:

A natureza lhes proveu tão generosamente quanto a qualquer outro povo com os elementos básicos da abundância – ou seja, um solo fértil, capaz de

¹⁶ John Locke, *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, p. 101.

¹⁷ Locke, *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, p. 100-101.

produzir abundantemente o que pode servir de alimento, vestuário e prazer – mas, na falta de trabalho para melhorar a terra, não tem um centésimo das vantagens de que desfrutamos.¹⁸

A defesa da propriedade como um direito natural do homem, que surge diretamente do trabalho individual sobre bens externos e independe de um contrato social entre os membros da sociedade política, não significa, contudo, que o exercício do direito de propriedade seja indiferente ao bem da comunidade ou que esteja a serviço exclusivamente dos interesses da propriedade. É o trabalho sobre a terra que constitui a propriedade, não a mera posse de uma parcela da terra, e o que legitima o domínio sobre ela perante os demais membros da sociedade política é, por um lado, um direito de origem divina, mas, por outro, é o fato de que o trabalho que o indivíduo aplica sobre sua parcela de terra melhora a vida de todos, na medida em que provê a sociedade dos bens que tornam a vida mais confortável e menos miserável.¹⁹ A posse sobre uma terra improdutiva, que não é cultivada e que em nada contribui para o bem-estar geral da comunidade não pode ser reconhecida como uma propriedade que goza do *status* de direito natural do homem, anterior e superior à formação do Estado.

É preciso atenção e cuidado com este argumento de Locke. As passagens em que ele afirma que uma terra cultivada tem muito mais valor social do que as terras incultas das “florestas selvagens” poderiam encorajar o leitor a ver aqui uma defesa da propriedade na sua querela contra a proteção do meio ambiente. Contudo, Locke prefere as terras cultivadas apenas porque o trabalho sobre a terra, na sua visão, contribui muito mais para o bem-estar geral da comunidade do que manter as terras intactas. Entretanto, esse ponto-de-vista é evidente sensível à comprovação de que, sob determinadas circunstâncias, manter “as florestas selvagens” pode também contribuir para o bem-estar geral da comunidade ou da humanidade, de modo que se trata de um argumento que “corta para os dois lados”.

Um século depois de Locke, o filósofo alemão Immanuel Kant voltaria a pensar a formação do Estado a partir das categorias de estado de natureza e contrato social e colocaria novamente a propriedade como um problema central da teoria do Estado. É um fato conhecido entre os estudiosos de Kant que, embora ele tenha anunciado a publicação de uma obra sobre moral e direito desde 1768, somente em 1797 será finalmente lançada *A Metafísica dos Costumes*, que contempla essas duas temáticas. Segundo os registros do período, a preocupação em melhor compreender a questão da propriedade, no quadro de sua filosofia, foi uma das razões que o levaram a adiar por tanto tempo a edição de uma metafísica do direito.²⁰

¹⁸ Locke, *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, p. 106-107.

¹⁹ Ver, a respeito, Sean Coyle e Karen Morrow, *The Philosophical Foundations of Environmental Law: Property, Rights and Nature*, p. 53-57.

²⁰ Ver Cláudio Ari Mello, *Kant e a Dignidade da Legislação*, p. 62-63. O teórico kantiano Bernd Ludwig, na introdução que escreve a sua edição da *Rechtslehre*, p. XVIII e XIX, transcreve o seguinte trecho de uma carta escrita por Friedrich Schiller em 1794: “A parte do direito de propriedade é ainda um ponto que preocupa muitas mentes pensantes, e do próprio Kant eu escutei que nós deveríamos esperar algo sobre essa questão na sua metafísica dos costumes; mas ele ainda não está satisfeito com as suas ideias sobre ela [a propriedade], e por isso a edição da obra será retardada”.

Ao contrário de Hobbes, Kant sustentava haver o que ele chamava de posse empírica, sensível ou provisória já no estado de natureza, que para ele não possuía uma existência real, mas era apenas um artifício da razão para pensar sobre a formação legítima do Estado. Assim, antes da constituição de um Estado e ainda no estado de natureza os homens podem ter a posse empírica de bens externos e, portanto, já neste estágio é possível a existência de um *meum* e de um *tuum*. Kant define a posse empírica, que ocorre no estado de natureza, como aquela em que eu detenho fisicamente um objeto externo. Conquanto ele use apenas o conceito de *posse* na sua exposição sobre o *status naturalis*, o que é decisivo para a sua argumentação é a *propriedade* que incide sobre a posse, ou, nas palavras de Simone Goyard-Fabre, “como se opera a passagem da posse para a propriedade”.²¹ Pois bem, Kant afirma que a posse empírica – ou, se quisermos, a propriedade provisória – de um bem externo é algo possível já no estado de natureza, isto é, antes da constituição do Estado, por força de um postulado da razão prática pura. Segundo esse postulado, a razão prática determina que é possível ter como meu qualquer objeto externo de que é possível apropriar-me porque seria irracional recusar-nos a possibilidade de usar objetos externos que podem ser usados como meios para nossos fins. Se fosse vedado pelo direito o uso de objetos externos que seja compatível com a liberdade de todos segundo uma lei universal, então “a liberdade privar-se-ia a si própria de usar o seu arbítrio em relação a um objeto seu, ao impossibilitar o uso de objetos externos utilizáveis, quer dizer, ao aniquilá-los de um ponto de vista prático e ao convertê-los em *res nullius*”.²² Assim, a razão prática pura não pode conter nenhuma proibição absoluta de uso de objetos externos, porque isso “seria uma contradição da liberdade exterior consigo mesma”; por isso “é uma pressuposição *a priori* da razão prática considerar e tratar qualquer objeto (externo) do meu arbítrio como um meu e teu objetivamente possíveis”.²³

Entretanto, se é possível admitir, a partir desse postulado da razão prática pura, que já no estado de natureza podemos reivindicar justificadamente a propriedade provisória dos bens externos que tomamos em nossa posse com anterioridade aos demais, não podemos, contudo, impor a todos os demais o dever de respeitar uma declaração unilateral de vontade de ter algo como nossa propriedade, se essa declaração não contou com o consentimento deles. Para que eu possa assegurar a posse dos bens externos de que tenho a detenção e daqueles que reivindico serem meus, mas que não os detenho, eu necessito contar com a concordância de todos, o que só pode acontecer quando todos firmarem um pacto social instituindo um Estado dotado de uma legislação jurídica que defina precisamente o que é de cada um. Antes da constituição do Estado é possível fundamentar racionalmente a necessidade *a priori* determinada pela razão da existência de uma propriedade provisória sobre bens externos. Mas a garantia efetiva e a individualização precisa da propriedade não podem ocorrer ainda no estado de natureza; apenas após a formação de um Estado, que disponha de uma legislação dotada de força coercitiva é que será verdadeiramente

²¹ Simone Goyard-Fabre, *Philosophie critique et raison juridique*, p. 98.

²² Immanuel Kant, *Metafísica dos Costumes*, p. 68-69.

²³ Kant, *Metafísica dos Costumes*, p. 70.

possível definir o que pertence a cada um e dar aos respectivos proprietários a proteção estatal do seu direito. De fato, para Kant, “a indeterminação a respeito da quantidade e qualidade do objeto exterior a adquirir torna esse problema o mais difícil de resolver”.²⁴ Com isso ele quer dizer que, no estado de natureza, surge um problema irremediável de justiça distributiva que só pode ser superado com a instituição de uma lei pública que reparta o meu e o teu sobre a terra.

Diferentemente de Hobbes, portanto, Kant admitirá a existência de uma forma embrionária de direito de propriedade já no estado de natureza, ou seja, ele aceitará que o direito de propriedade racionalmente antecede a formação do Estado. Kant também está mais próximo de Locke ao aceitar que o Estado é constituído para permitir a coexistência pacífica das liberdades individuais, o que seria impossível na condição natural. Isso porque o conceito kantiano de liberdade externa é co-extensivo ao direito de propriedade, por isso pode-se dizer que o Estado é constituído também para a coexistência pacífica entre os proprietários, já que ele institui um mecanismo de respeito recíproco e universal pelo meu e o teu exteriores. Todavia, exatamente como Hobbes, Kant entende que a definição exata do que cada um possui como propriedade e a garantia efetiva do domínio sobre bens externos somente pode ocorrer na condição civil de um Estado, jamais no estado de permanente incerteza e insegurança da condição natural. É a legislação do Estado que efetivamente institui e protege, em termos jurídicos, o direito de propriedade. Por isso, a posse jurídica, isto é, a propriedade em sentido estrito só pode de fato existir em um Estado juridicamente constituído.

Por outro lado, assim como Locke, Kant não defende a propriedade ilimitada ou absoluta. O Estado tem o direito de exigir dos proprietários privados o pagamento de impostos que permitam prover assistência aos membros da sociedade incapazes de subsistir por suas próprias forças. É graças ao Estado, diz Kant, que “o governo tem legitimidade para obrigar os mais abastados a fornecer os meios de subsistência àqueles que não o conseguem fazer, nem sequer no que toca às necessidades naturais mais elementares”. Mais ainda: “a existência dos ricos é ao mesmo tempo um ato de submissão à proteção e ao provimento da comunidade, provimento a que se obrigaram, e é nisso que o Estado funda o seu direito de obrigar os mais abastados a contribuir com o que é seu para a subsistência dos seus concidadãos”.²⁵ Portanto, a propriedade privada tem também a função social de assegurar o bem-estar coletivo. Além disso, o dever dos proprietários de contribuir para o bem da sociedade é uma decorrência do fato de que eles só têm a sua propriedade privada efetivamente assegurada pela existência de um Estado que lhes fornece os meios coercitivos para garantir-lhes o domínio exclusivo de bens externos, mas que por isso mesmo pode exigir-lhes, como contrapartida, a sua colaboração na promoção do bem-estar dos menos afortunados.

É claro que vamos encontrar, na história da filosofia política, pensadores que defendem posições radicais sobre a propriedade particular. Há aqueles que defendem

²⁴ Kant, *Metafísica dos Costumes*, p. 102.

²⁵ Kant, *Metafísica dos Costumes*, p. 199-200.

concepções quase absolutas de propriedade,²⁶ e existem outros que propugnam a extinção da propriedade privada. Karl Marx, por exemplo, o mais célebre dos comunistas, era um crítico feroz da propriedade privada, que ele tinha como a medula da sociedade burguesa. Ao comentar o artigo 16 da Constituição francesa de 1793,²⁷ Marx afirma que:

O direito humano à propriedade privada é o direito de desfrutar de seu patrimônio e de dele dispor arbitrariamente (*à son gré*), sem atender aos demais homens, independentemente da sociedade, é o direito do interesse pessoal. A liberdade individual e esta aplicação sua constituem o fundamento da sociedade burguesa. Sociedade que faz que todo homem encontre noutros homens não a *realização* de sua liberdade, mas, pelo contrário, a *limitação* desta. Sociedade que proclama acima de tudo o direito humano ‘de *jouir et de disposer à son gré* de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie’.²⁸

Para Marx, o direito de propriedade, como de resto todos os direitos humanos, manifestava essencialmente o egoísmo do homem burguês, do “indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade”. Para o burguês, a sociedade existe apenas “para garantir a cada um de seus membros a conservação da sua pessoa, de seus direitos e de sua propriedade”.²⁹ O único nexo que mantém coesa uma sociedade burguesa é o interesse de seus indivíduos de conservar as suas propriedades e seus interesses egoístas. A sociedade política não é um fim em si, mas um simples meio para garantir a cada indivíduo o gozo dos interesses particulares dos burgueses. Além disso, o funcionamento do capitalismo, o sistema econômico do liberalismo burguês, é baseado na acumulação de capital que resulta da apropriação privada, pela classe proprietária, do excedente econômico gerado pela força de trabalho da classe operária. Sem a proteção legal da propriedade privada o mecanismo do capitalismo não poderia operar. E a proteção jurídica necessária para garantir a reprodução desse mecanismo exige que a propriedade privada esteja voltada exclusivamente para satisfazer os interesses econômicos particulares do proprietário, sem que ele nada deva à sociedade. Como aponta José Reinaldo Lima Lopes, a propriedade burguesa torna-se completamente livre porque se separa o universo privado do uso e gozo individual da riqueza, do universo público, em que os bens particulares participam da promoção dos interesses gerais: “a separação do público e do privado, do Estado e da sociedade, da riqueza e da política confirma-se e toma forma na propriedade moderna”.³⁰

É verdade que a crítica ácida de Marx é dirigida diretamente à concepção liberal-burguesa de propriedade privada, que naquele período estava em seu apogeu

²⁶ Neste sentido, ver Robert Nozick, *Anarquia, Estado, Utopia*.

²⁷ O texto deste artigo 16 era o seguinte: “O direito de propriedade é aquele que pertence a todo cidadão de gozar e de dispor, de acordo com a vontade, dos seus bens, das suas rendas e dos frutos do seu trabalho e de sua indústria”.

²⁸ Karl Marx, *A Questão Judaica*, p. 36.

²⁹ Marx, *A Questão Judaica*, p. 37.

³⁰ José Reinaldo de Lima Lopes, *O Direito na História*, p. 409.

político e teórico. Entretanto, a sua crítica nos interessa particularmente porque essa concepção exclusivista de propriedade do liberalismo burguês dominou o cenário político-jurídico em que surgiram as primeiras constituições escritas da história, especialmente a Constituição dos Estados Unidos da América e as Constituições francesas pós-revolucionárias. Por isso as origens do constitucionalismo moderno estão associadas a uma concepção de propriedade privada voltada a preservar exclusivamente os interesses do proprietário, sem adicionar a ela qualquer função relevante para o bem-estar da sociedade. Quando o constitucionalismo contemporâneo passa a atribuir à propriedade uma função social e impor a ela limites voltados à proteção de interesses específicos da comunidade, ele promove uma ruptura com a concepção criticada por Marx.

No entanto, essa ressignificação da propriedade privada não se faz no vácuo. Como vimos, há uma longa tradição filosófica que ampara este novo sentido e permite afirmar: primeiro, ser inerente à propriedade privada a realização de uma função social, como reconheciam Aristóteles, Locke e Kant; segundo, que ainda que se possa fundamentar a existência de um direito natural à propriedade, que preceda a formação da sociedade politicamente organizada, a propriedade privada só existe concreta e juridicamente a partir da criação do Estado e dentro dos limites previstos no seu ordenamento jurídico positivo, que portanto pode legitimamente condicionar a fruição meramente privada de um bem material à satisfação do bem comum da sociedade. Nos próximos itens vamos explorar como essa concepção relativa e limitada de propriedade pode ser compreendida pela razão prática e como ela se relaciona com as normas jurídicas de preservação do meio ambiente inseridas no nosso sistema legal.

2. A PROPRIEDADE LIMITADA PELA COMUNIDADE

Quando somos questionados por um proprietário se, por que e como o Estado tem o poder de limitar o seu direito de propriedade para preservar o meio ambiente é inevitável que reflitamos sobre o conteúdo do direito de propriedade antes de respondê-lo. Depois de fazer ponderações filosóficas mais ou menos abrangentes sobre a relação entre propriedade privada e bem comum, teremos que ser um pouco mais específicos se queremos verdadeiramente corresponder à expectativa intelectual do nosso interlocutor. Teremos que investigar se, por que e como, *no sistema jurídico em que estamos inseridos*, a propriedade pode ser limitada para tutelar os interesses ecológicos.

Em um sistema jurídico como o brasileiro, que protege expressamente o direito de propriedade tanto no nível constitucional quanto no nível legislativo, existem limites racionais às restrições de qualquer ordem que podem ser impostas à propriedade privada. O soberano, no exercício do poder constituinte ou do poder legislativo, até pode não instituir o direito à propriedade privada, constituindo, por exemplo, um Estado comunista, uma espécie de economia platônica, em que tudo pertence a todos. Não se pretende aqui discutir a viabilidade racional ou empírica de uma aventura política dessa natureza. Mas se o soberano, no exercício do poder constituinte ou do poder legislativo, garante formalmente o direito de propriedade na constituição ou em textos legais, então a razão impõe a esse direito um conteúdo mínimo, que cerceia qualquer tentativa de delimitá-lo ou restringi-lo aquém desse núcleo básico. Em um sistema jurídico que garante o direito à propriedade privada, a razão prática

determina que nele está assegurado o meu poder de usar os bens externos sobre os quais detenho o domínio legítimo. Esse poder de uso privado dos bens externos submetidos à minha propriedade é uma *condição de racionalidade* que a razão prática impõe à compreensão jurídica do conteúdo do direito à propriedade. A razão prática “veda” a criação de normas jurídicas irracionais, no sentido de que, se criadas, tais normas não teriam racionalidade prática alguma. Vamos imaginar que o Congresso Nacional emende a Constituição Federal para incluir as seguintes normas:

Art. A. O céu pertence à República Federativa do Brasil.

Art. B. É proibido espirrar no território brasileiro.

Apesar de divertidas, essas normas seriam irracionais, porque o “céu” não é algo externo que possa ser objeto de propriedade e porque é impossível regular normativamente o espirro. Pois bem, também seria irracional proteger o direito de propriedade e, ao mesmo tempo, proibir completamente o uso dos bens externos de que detenho o domínio. Esse tipo de irracionalidade prática seria fatal para a inteligibilidade do sistema jurídico. Independentemente do nome que empregamos para definir o fenômeno – podemos chamá-lo de confisco, por exemplo –, seria absolutamente contraditório proteger o direito de propriedade e proibir o proprietário de fazer qualquer uso privado da coisa de que detém o domínio. Isso equivaleria a fazê-lo proprietário de uma *res nullius*, o que é analiticamente impossível. Nós estaríamos, nessa situação, diante de um caso análogo de violação do *postulado jurídico da razão prática* de Kant, segundo o qual “é possível ter como meu qualquer objeto exterior do meu arbítrio”, e por isso é contrária ao direito uma máxima que me proíba juridicamente de fazer qualquer uso do objeto do meu arbítrio.³¹ Portanto, o poder de usar os bens externos de que detenho legitimamente o domínio privado pertence ao conteúdo mínimo do direito de propriedade que a razão prática impõe a todo sistema jurídico que garanta a propriedade privada como um direito subjetivo, constitucional ou não. Mais ainda. O conteúdo mínimo do direito de propriedade, determinado pela razão prática, está também ligado aos usos específicos do bem. Proibir completamente o uso agropastoril de uma área rural ou a edificação de prédios residenciais em área urbana seria recusar à propriedade privada qualquer funcionalidade dominial e, por consequência, incorrer na irracionalidade prática de que falamos.³²

³¹ Kant, *Metafísica dos Costumes*, p. 68-70.

³² No julgamento do Recurso Extraordinário nº 134.297-8 SP, de 13.06.1995, que tratava de examinar a constitucionalidade do ato de criação da Estação Ecológica Juréia-Itatins, no Estado de São Paulo, que dispensava o Estado do pagamento de indenização aos proprietários da área preservada, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o dever constitucional de preservar o patrimônio ambiental não dispensa o Estado de indenizar o proprietário sempre que a intervenção estatal preservacionista “virtualmente esterilizar, em seu conteúdo essencial, o direito de propriedade” ou “esvaziar o conteúdo econômico do direito de propriedade”. De acordo com o voto condutor do Ministro Celso de Mello, “a criação de reservas florestais e a inclusão, nelas, de imóveis sujeitos à esfera dominial privada não podem revestir-se de *caráter confiscatório*” (grifo nosso). Essa decisão, que ainda pode ser considerada um marco no posicionamento da Suprema Corte acerca da relação entre propriedade e meio ambiente na nova ordem constitucional, tem a virtude revelar a necessidade de garantir o conteúdo econômico essencial do direito à propriedade privada, mas peca por negligenciar uma igualmente necessária reflexão sobre o impacto da cláusula da função social sobre o próprio conteúdo do direito de propriedade, como será destacado adiante.

A extensão dos *usos* da propriedade privada, isto é, a definição da medida em que a ordem legal vai tutelar o direito “de juir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie”, é algo que depende das decisões políticas de qualquer comunidade. A razão prática não impõe *condições de racionalidade* mais extensas do que a garantia do conteúdo mínimo dos usos privados dos bens particulares. No entanto, ela impõe ao conteúdo mínimo da propriedade privada *condições de convivência* determinadas pelas circunstâncias da vida em comunidade. Um prédio residencial situado em uma região urbana pode ser reconhecido como o “asilo inviolável do indivíduo”, na expressão adotada pelo inciso XI do artigo da Constituição Federal, ou a fortaleza inexpugnável da pessoa. Não há dúvida que, em boa medida, um prédio residencial exerce essa função excludente ou de isolamento do privado em relação ao público, ou do indivíduo em relação à sociedade. Entretanto, um prédio residencial é também parte de um todo, de um bairro, de uma cidade, de uma região metropolitana. Esse prédio e as pessoas que nele residem relacionam-se permanente e inevitavelmente com a totalidade dos fatores ambientais que interagem em uma zona urbana. Determinados comportamentos ou fatos que ocorrem dentro da casa de um indivíduo extravasam os limites físicos do terreno ou do prédio e causam impacto na vida de outras pessoas, como ocorre com o lançamento de dejetos em vias urbanas, ou com a emissão de sons. Todos temos interesse em que o impacto recíproco desses comportamentos e fatos que ocorrem na área urbana encontre um ponto de equilíbrio que permita a todos uma boa qualidade de vida. Da mesma forma, existem determinados empreendimentos comunitários que melhoram as condições gerais da vida humana e que só podem ser realizados com a participação, o esforço e o sacrifício de muitos ou de todos os membros da comunidade, como é o caso da construção de vias públicas, a implantação de sistemas de fornecimento de energia elétrica e água potável e de coleta e tratamento de resíduos sólidos e líquidos urbanos. Viver em uma cidade é uma experiência relativamente voluntária que beneficia a todos os que escolhem nela residir, mas é também uma experiência que exige sacrifícios pessoais, inclusive dos usos exclusivamente privados da propriedade urbana. O indivíduo pode escolher não viver em uma cidade, mas se optar por ela, ele não pode escolher não pertencer a ela: uma propriedade privada urbana necessariamente participa da busca pelo bem comum da comunidade urbana em que está inserida.

O mesmo fenômeno ocorre com propriedades privadas situadas em regiões rurais. Uma área rural pode ser a fortaleza econômica do indivíduo que a possui; o indivíduo pode legitimamente conceber o seu módulo rural, o seu sítio ou a sua “fazenda” como o seu “pedaço do mundo”. Como vimos, a razão prática inclusive assegura-lhe que, em um sistema jurídico que garante a propriedade privada, ele possa fazer uso econômico dessa área rural. Todavia, uma propriedade rural é literalmente um “pedaço do Planeta Terra”, ou do Estado do Rio Grande do Sul, do Brasil, do continente americano. O tipo de uso que o proprietário dedica à sua área provoca impactos que transcendem, no espaço e no tempo, a sua propriedade e a sua própria existência. Seria legítimo, ainda assim, que esse proprietário pudesse exercer os poderes inerentes ao seu direito de propriedade com indiferença em relação aos

interesses ecológicos que os riograndenses, os brasileiros ou toda a humanidade tenham em relação aos recursos naturais existentes na sua área rural? Ora, a propriedade deste indivíduo só existe e só é garantida porque a comunidade política de que ele é membro possui leis que tutelam a propriedade privada e um sistema judicial e um organismo policial prontos para protegê-la.

A exploração econômica dessa propriedade só é viabilizada pela existência de um sistema judicial que garante o cumprimento dos contratos e de estradas, ferroviárias, portos e aeroportos que permitem o escoamento da sua produção. Portanto, esse indivíduo proprietário de uma área rural também está submetido às *condições de convivência* que a razão prática impõe a todo aquele que vive sob a organização jurídica de uma comunidade política. Os usos da sua propriedade devem também incorporar os interesses legítimos ligados ao bem-estar de toda a comunidade, e eventualmente de toda a humanidade. A propriedade rural não é uma ilha política, imune às exigências ao bem comum; ao contrário, ela está inexoravelmente imersa em uma escala ainda mais ampla de interesses legítimos. Tanto quanto o proprietário urbano, o proprietário rural não pode escolher o não pertencimento político. A rigor, isso mostra que não pode existir jamais um bem completamente privado. Em alguma medida, em uma comunidade política juridicamente organizada, todos os bens são em parte comuns.

O argumento que estou apresentando para fundamentar a sujeição da propriedade privada ao bem comum é inspirado no princípio prático-moral da *reciprocidade universal* desenvolvido por Kant para justificar a obrigação política. De acordo com Kant, quando eu afirmo o meu direito de propriedade sobre um bem externo, e, portanto, sustento que tenho o direito de usar a coerção para defendê-lo, eu devo simultaneamente reconhecer a legitimidade de reivindicações idênticas das outras pessoas. Essa norma que obriga a todos a respeitar o meu e o teu de forma recíproca e universal é imposta pela razão prática pura. O fundamento dessa norma não é o auto-interesse do proprietário, mas o dever prático-moral de reconhecer a legitimidade da pretensão dos outros que é idêntica à nossa. Kant parte da constatação de que o conflito entre pretensões sobre objetos externos do arbítrio é inevitável em face do fato de que os homens estão necessariamente sujeitos a coexistirem nas circunstâncias peculiares em que vivem na terra.

A única forma de superar esse conflito permanente de pretensões – esse estado de guerra de todos contra todos – que predomina no chamado estado de natureza é a formação de um contrato social, através do qual a vontade geral institui uma constituição jurídica que garante a passagem para um estado civil.³³ Kant encontra a solução deste problema prático-moral no *postulado do direito público*, segundo o qual, “se a relação de coexistência com todos os outros é inevitável, debes sair do estado de natureza para entrar em um estado jurídico, quer dizer, num estado com justiça distributiva”.³⁴ Essa passagem é efetuada por meio de um contrato social, deriva da vontade legisladora unificada de todos e institui originariamente um estado civil entre os homens.

³³ A passagem paradigmática deste argumento kantiano encontra-se no § 44 da *Metafísica dos Costumes*.

³⁴ Kant, *Metafísica dos Costumes*, p. 170 (Ak 6.307); a tradução deste trecho foi ligeiramente alterada.

A ideia de reciprocidade é fundamental na filosofia político-jurídica de Kant.³⁵ Conforme registra Adelino Braz, “a pedra de toque da liberdade moral [kantiana] reside na reciprocidade, tal como ela é definida nas categorias da liberdade. Toda liberdade liga-se à relação com o outro na medida em que o espaço de liberdade é um espaço público, e é nessa interpessoalidade que se torna possível entender a destinação moral do homem como fim último (*Endzweck*) da criação”.³⁶ O princípio da reciprocidade universal decorre do *princípio de comunidade*, segundo o qual “todas as substâncias, na medida em que são simultâneas, estão sujeitas a uma ação recíproca”.³⁷ Não existe uma infinidade de mundos exteriores, um de cada indivíduo: o mundo exterior é único, e nele as substâncias – incluindo as pessoas – interagem sempre e inescapavelmente, influenciando-se mutuamente.

Para Kant, o próprio conceito de direito “diz respeito, em primeiro lugar, apenas à relação externa e, precisamente, prática de uma pessoa com outra, na medida em que as suas ações possam, como *facta*, ter influência (direta ou indiretamente) umas sobre outras”.³⁸ A originalidade e a fecundidade de Kant, observa argutamente Braz, foi ter transposto, por analogia, o princípio de comunidade, desenvolvido inicialmente para compreender as relações entre as substâncias naturais, para os domínios do direito e da ética, através do princípio da reciprocidade universal.³⁹ Essa ideia, decisiva na filosofia política kantiana, está bem sintetizada nesta bela passagem da excelente obra de Adelino Braz:

O princípio de comunidade, ao tornar possível a analogia entre as leis da natureza e as leis do dever, permite conduzir a uma disposição cosmopolita do espírito (*weltbürgerliche Gesinnung*). O indivíduo pode, por certo, considerar-se como um ponto central, mas, no entanto, ele não é um ser isolado, e é exatamente isso o que mostra a analogia da igualdade da ação e da reação com os domínios do direito e da ética. Isto é decisivo na reflexão sobre a comunidade humana, na medida em que realiza uma ligação de coordenação entre os indivíduos, caracterizada pela ação recíproca. Ora, essa relação se apresenta, ao mesmo tempo, como um problema e como uma tarefa a cumprir: nada garante que o indivíduo não seja animado por um interesse pessoal, que oferece, então, uma resistência à comunidade. Todavia, ele não pode entender a sua destinação fora da coexistência com os outros seres livres. Toda a questão repousa sobre a existência mesma da liberdade, porque se trata de relações entre seres abertos à existência, onde é preciso compreender o que está em jogo, a fim de delimitar a responsabilidade que o indivíduo tem com a comunidade.⁴⁰

O princípio de comunidade kantiano está baseado em determinados *facta*, isto é, em circunstâncias naturais inescapáveis da existência humana. Quando pensamos

³⁵ Ver, para uma abordagem crítica do tema, Arthur Ripstein, *Force and Freedom: Kant's Political Philosophy*, capítulo sete.

³⁶ Adelino Braz, *Droit et éthique chez Kant: l'idée d'une destination communautaire de l'existence*, p. 13.

³⁷ Adelino Braz, ob. cit., p. 37.

³⁸ Kant, *Metafísica dos Costumes*, p. 42.

³⁹ Idem, ibidem.

⁴⁰ Adelino Braz, ob. cit., p. 42.

nas relações jurídicas que podem ocorrer entre a propriedade privada e outros interesses comunitários, como a preservação dos recursos naturais, percebemos que essa relação está condicionada por três circunstâncias inevitáveis da vida em comunidade: (i) *a circunstância da vida gregária*, que é o fato de que o indivíduo vive inescapavelmente em sociedades políticas organizadas juridicamente, (ii) *a circunstância da dependência*, que é o fato de que a propriedade privada só é efetivamente garantida porque existe o Estado, suas instituições e seus procedimentos, e (c) *a circunstância da influência recíproca*, isto é, o fato de que uma propriedade privada está sempre e necessariamente em relação de interação direta e indireta com outros interesses da comunidade, inclusive com interesses ecológicos. Essas três circunstâncias impõem aos proprietários determinadas *condições de convivência recíproca*, que se determinam através de normas que delimitam e restringem o direito de propriedade. Pois bem, partindo dessas três circunstâncias necessárias da vida política podemos formular um fundamento prático-moral objetivo para a limitação dos usos privados da propriedade particular a fim de satisfazer outros interesses comunitários, que é justamente o *princípio de comunidade*.

A ideia da *função social da propriedade*, como fonte de legitimação para impor limites à propriedade privada e para imputar deveres públicos ao proprietário, que está presente nas constituições modernas, encontra fundamento filosófico último precisamente no *princípio de comunidade*, baseado no que denominamos de *condições de convivência recíproca*: em um Estado de Direito, o proprietário tem a sua propriedade protegida pelo direito da comunidade, mas por isso mesmo deve usar a sua propriedade em benefício da comunidade, levando em consideração o conjunto de interesses sociais legítimos que exigem a participação do seu bem particular na busca do bem comum. Como já foi dito, em razão do princípio de comunidade, todos os bens externos, mesmo aqueles que o direito reconhece como sendo uma propriedade privada, são em parte bens comuns, por isso é inerente à propriedade privada que ela exerça uma função social. Na perspectiva que estou adotando, a função social não é um limite externo que o direito positivo impõe ao direito de propriedade: trata-se mais bem de um elemento intrínseco do próprio conteúdo essencial da propriedade privada em uma comunidade política. Quando eu penso a propriedade privada nas circunstâncias acima indicadas, eu já a penso necessariamente com funções sociais. Portanto, racionalmente não existe propriedade *exclusivamente* privada, e não pode existir propriedade sem função social.

3. A PROPRIEDADE E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Vamos supor que o nosso interlocutor imaginário, o proprietário rural que de boa fé questiona a legitimidade do Estado para limitar a propriedade privada, tenha ficado convencido com os argumentos filosóficos apresentados e admita que efetivamente o Estado tem razões legítimas para editar normas constitucionais e legais restringindo o uso privado de seus bens particulares visando à satisfação de interesses sociais como a preservação do meio ambiente. Ele pode, no entanto, opor uma objeção adicional: apesar de o Estado poder restringir o uso privado da propriedade particular, nem toda a restrição é legítima, algumas são injustificadas ou desproporcionais, e por isso violam o conteúdo essencial do seu direito à

propriedade, que afinal protege precisamente os usos privados do bem. Nesse caso, já não poderemos mais nos manter no domínio da filosofia do direito. Teremos que entrar no território hoje tão congestionado da teoria constitucional e do direito constitucional para examinar se determinadas restrições ao âmbito normativo de proteção da propriedade são ou não justificadas.

Esse, porém, já é um segundo passo. Não poderíamos ter respondido satisfatoriamente a questão do nosso interlocutor sem argumentos filosóficos. É comum que perguntas envolvendo a legitimidade da delimitação e da restrição de direitos fundamentais sejam respondidas com recurso direto aos esquemas da teoria e da dogmática constitucional, como o princípio da proporcionalidade, a lei da ponderação, a teoria dos limites dos direitos fundamentais e a tese do conteúdo essencial. Todavia, esses esquemas teóricos só podem entrar em cena quando nós já convencemos o nosso interlocutor de que o Estado pode criar normas jurídicas que restrinjam, de alguma forma, os usos privados de uma propriedade particular com vistas a promover algum interesse público.

A teoria constitucional contemporânea vem desenvolvendo há décadas uma metodologia baseada em um sistema de conceitos operativos relativamente precisos que visa a tornar mais objetivas a investigação e a argumentação acerca da legitimidade de restrições impostas a direitos fundamentais. Essa estrutura argumentativa, que foi desenvolvida originalmente na literatura constitucional alemã, mas difundiu-se para boa parte dos países ocidentais, vem ganhando gradativamente mais homogeneidade doutrinária, embora lute para tentar acomodar uma realidade extremamente variada e dinâmica que resiste a se ajustar perfeitamente ao seu rígido esquema conceitual.⁴¹ *Grosso modo*, podemos sintetizar a estrutura teórica da argumentação sobre a legitimidade das restrições aos direitos fundamentais seguindo os seguintes passos:

1º) definimos inicialmente o *âmbito de proteção* do direito fundamental, quando temos que decidir se o direito fundamental possui um (i) *suporte fático restrito*, que admite a exclusão *a priori* e em abstrato de determinadas condutas do âmbito de proteção do direito, ou um (ii) *suporte fático amplo*, que inclui no âmbito de proteção do direito toda e qualquer ação, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerado, possa fazer parte do “âmbito temático” do direito;⁴²

⁴¹ Na exposição desta “estrutura teórica”, seguimos aqui basicamente as definições utilizadas por Virgílio Afonso da Silva, na obra *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, seguramente uma das mais competentes exposições sobre o tema no direito constitucional brasileiro. Ver, também, entre outros, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, e Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. No direito alemão, são referenciais as obras de Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, capítulo sexto, e Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte. Staatsrechte II*, especialmente o § 6º. No âmbito do direito anglo-americano, ver a recente obra de Grégoire C. N. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*.

⁴² Esta é a definição oferecida por Virgílio Afonso da Silva na obra citada. Robert Alexy define assim o que deve pertencer ao âmbito de proteção de um direito fundamental para a teoria do suporte fático amplo: “tudo o que apresenta uma propriedade que – isoladamente considerada – baste para uma subsunção sob o suposto de fato fica tipificado, quaisquer que sejam suas outras propriedades”. V. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 322.

2º) a seguir, circunscrevemos o *conteúdo essencial do direito fundamental*, que pode assumir um (i) *caráter absoluto*, que atribui ao direito um núcleo fixo e imutável em quaisquer circunstâncias, ou um (ii) *caráter relativo*, pelo qual a definição do núcleo básico do direito depende das condições fáticas e jurídicas de cada caso concreto;

3º) depois, precisamos distinguir o que é uma mera *configuração* ou *regulação* do conteúdo essencial do direito, que implica apenas uma delimitação constitucionalmente justificada do conteúdo ou do âmbito de proteção do direito, daquilo que são efetivamente *restrições* a esse conteúdo, que consistem, na síntese de Robert Alexy, em “normas que restringem posições jusfundamentais *prima facie*”;⁴³

4º) no que concerne especificamente às restrições aos direitos fundamentais, teremos que definir se aderimos à *teoria interna*, segundo a qual não existem distinções entre o direito e seus limites, mas apenas o direito com seu conteúdo próprio, dotado, pois, de *limites imanes*, ou à *teoria externa*, que sustenta, primeiro, que é possível distinguir entre o conteúdo dos direitos e suas restrições externas e, segundo, que os direitos não possuem limites imanes, pois todos os limites impostos aos direitos surgem da necessidade de resolver colisões com outros direitos fundamentais ou com outros bens coletivos;

5º) por fim, necessitamos verificar se uma restrição externa a um direito fundamental, realizada para promover um outro direito fundamental ou um bem coletivo de hierarquia constitucional, passa no teste do princípio da proporcionalidade, através do qual se afere se a restrição pode ser considerada adequada, necessária, justificada e proporcional em sentido estrito, e se viola ou não o conteúdo essencial do direito.

Essa complexa metodologia é hoje alvo de intensas disputas no âmbito da teoria constitucional e não teríamos como debater os seus méritos e os seus problemas neste ensaio; por isso vou assumi-la como sendo um modo adequado de enfrentar especificamente a pergunta sobre a legitimidade jurídico-constitucional – e já não mais filosófico-jurídica, portanto – de determinadas intervenções na propriedade privada, como, por exemplo, as áreas de preservação permanente e de reserva florestal. Vou usá-la como uma técnica de reflexão e argumentação suficientemente adequada, sem, contudo, assumir compromissos teóricos rígidos com seus pressupostos científicos, em virtude da limitação temática deliberadamente programada para este estudo.

Conforme foi explicitado na seção anterior, o direito de propriedade possui um conteúdo essencial composto tanto por faculdades que protegem os interesses privados do proprietário quanto por fatores que promovem o bem comum. Como foi dito, “o poder de uso privado dos bens externos submetidos à minha propriedade é uma *condição de racionalidade* que a razão prática impõe à compreensão jurídica do conteúdo do direito à propriedade”. Não é possível pensar o direito de propriedade sem atribuir necessariamente ao seu titular o poder de usar a coisa para fins particulares. Além disso, os usos privados dos bens externos, garantidos como uma condição de racionalidade do sistema jurídico, variam de acordo com a natureza do bem:

⁴³ Robert Alexy, ob. cit., p. 281.

às propriedades urbanas garantem-se determinados usos, às rurais, outros. Essa parte do conteúdo essencial do direito de propriedade está exposta no texto do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, que repete fórmula clássica que remonta ao direito romano: “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”. Estão aí enunciados os poderes de uso, gozo, alienação, destruição e o direito de sequela.⁴⁴

No entanto, tenho defendido neste ensaio que o conteúdo essencial da propriedade privada é também composto por funções sociais, não se limitando apenas a tutelar os interesses particulares do proprietário. Em uma comunidade política juridicamente organizada, a propriedade privada está submetida a *condições de convivência* e tem o seu regime jurídico regulado pelo *princípio de comunidade*. Conforme já referi, “os usos privados da propriedade devem também incorporar os interesses legítimos ligados ao bem-estar de toda a comunidade, e eventualmente de toda a humanidade”. A propriedade privada, urbana ou rural, está desde sempre e inescapavelmente imersa no conjunto de interesses legítimos locais, regionais, nacionais e mundiais que os cerca, e por isso o proprietário não pode isolar o uso privado do seu bem do uso necessário para garantir o bem comum. É por isso que as funções sociais da propriedade não são restrições externas impostas pela própria Constituição ou pela legislação, e nem sequer um limite imanente ao direito à propriedade privada: elas conformam na verdade um *elemento constitutivo do próprio conteúdo essencial do direito*: é isso o que significa a afirmação de que, em uma comunidade política juridicamente organizada, a propriedade privada é regida pelo princípio de comunidade e está determinada por condições de convivência. É justamente essa a leitura que José Afonso da Silva extraiu da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que “a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade: Estes dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; àquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.⁴⁵ De acordo com o autor, “a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”.⁴⁶

Este *conceito compreensivo* da “configuração estrutural” do direito à propriedade privada aparece já na forma como a própria Constituição concretizou, por exemplo, a ideia de função social da propriedade rural. Com efeito, o artigo 186 da Lei Fundamental estabelece que “a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente (...): I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”. Essas formas concretas

⁴⁴ Uma defesa bem elaborada do conteúdo jurídico básico do direito de propriedade desde uma perspectiva exclusiva do direito privado, como sendo composto pelos direitos de posse, uso e alienação, pode ser encontrada no estudo de Peter Benson, “Philosophy of Property Law”. De acordo com o autor, “posse, uso e alienação representam, no mais alto nível de abstração, todos os modos possíveis qualitativamente distintos de sujeitar unilateralmente uma coisa aos propósitos de alguém”, concepção que, afirma ele, está “de acordo com a visão tradicional tanto do *common law* quanto do *civil law*, retornando à divisão tripartite do direito romano entre *ius possendi*, *ius utendi* e *ius abutendi*” (v. p. 772-773).

⁴⁵ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 273.

⁴⁶ José Afonso da Silva, ob. cit., p. 275.

de função social dizem respeito não propriamente a um limite externo imposto aos usos privados da propriedade rural, mas ao próprio modo como esta deve ser explorada economicamente pelo proprietário, isto é, tratam-se de comandos que condicionam “internamente”, por assim dizer, a exploração econômica de áreas rurais à promoção de bens coletivos como a preservação do meio ambiente.

Também parece ter sido esse conceito compreensivo do direito à propriedade privada que guiou o legislador do Código Civil de 2002 quando redigiu o § 1º do artigo 1.228: “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”. Nitidamente não se trata aí de impor uma restrição externa ao conteúdo preexistente do direito, mas de determinar que o próprio *exercício* do direito deve *necessariamente* ser conciliado com as finalidades sociais do bem, com especial destaque às suas funções ambientais, isto é, trata-se de incluir as funções sociais no próprio núcleo conceitual do direito. Essa concepção é explicitada com plasticidade por Pietro Perlingieri em passagem que, a despeito de longa, merece transcrição:

A função social predeterminada para a propriedade privada não diz respeito exclusivamente aos seus limites. A letra do Art. 42 Const. [da Itália] estabelece que a lei determina “os modos de aquisição, de gozo e os limites com o objetivo de assegurar a sua função social”, de maneira que esta última concerne ao conteúdo global da disciplina proprietária, não apenas aos limites. A função social, construída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais, sem os limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (Art. 2º Const.), o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas da propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento (...) [A função social] deve ser entendida não como uma intervenção “em ódio” à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”.⁴⁷

A posição teórica exposta neste ensaio é muito semelhante à sustentada por Perlingieri.⁴⁸ De acordo com o autor italiano, “o aspecto funcional é certamente prevalente na propriedade vista como relação; entre proprietário e terceiros, entre proprietário e vizinhos, entre proprietário e Estado, entre proprietário e entes públicos, existe relação – não de subordinação –, mas de cooperação”.⁴⁹ Por isso, “não se pode sustentar que os limites e as obrigações não fazem parte do direito de propriedade”.

⁴⁷ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, p. 226.

⁴⁸ No mesmo sentido, ver a posição de Gustavo Tepedino, “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada”, *Temas de Direito Civil*, p. 267-291.

⁴⁹ Perlingieri, ob. cit., p. 221-222.

A propriedade privada “não é um direito subjetivo *tout court*”, mas uma “situação jurídica complexa”.⁵⁰ Neste sentido, é perfeitamente possível construir um conceito amplo ou complexo do direito fundamental à propriedade privada, que inclua tanto os usos privados quanto as funções sociais do bem.⁵¹ É justamente por essa razão que o argumento exposto neste ensaio não representa precisamente uma defesa da teoria interna acerca das restrições aos direitos fundamentais, já que a função ou as funções sociais não são propriamente um limite interno ao direito à propriedade privada, mas um elemento constitutivo do seu conteúdo essencial, que decorre do princípio de comunidade e das condições de coexistência da propriedade privada em um Estado de Direito, determinados pela razão prática. Por outro lado, o argumento também não nega a correção teórica da teoria interna, apenas entende que ela não se aplica à relação específica entre função social e propriedade privada.⁵²

A concepção defendida neste ensaio também não adere à tese do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, defendida por Robert Alexy e, no Brasil, por Virgílio Afonso da Silva.⁵³ Esses autores distinguem entre direitos *prima facie* e direitos definitivos. Para a tese do suporte fático amplo, os direitos fundamentais *prima facie* são compostos de “toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um direito fundamental, *independentemente de outras considerações variáveis*” (grifo no original).⁵⁴ Os direitos definitivos são o resultado de uma operação de sopesamento entre direitos, bens, valores ou interesses que estejam em colisão, a ser realizada a cada caso concreto. Seguindo a teoria ampla, teríamos o seguinte suporte fático para o direito de propriedade: “todo o uso privado de uma propriedade é *prima facie* um exercício legítimo do direito fundamental”. Como consequência, podemos pensar em formulações mais específicas das ações que poderiam ser subsumidas no suporte fático amplo: “queimar vegetação existente no interior de uma propriedade privada é

⁵⁰ Perlingieri, ob. cit., p. 224.

⁵¹ Neste sentido também a posição do Ministro Antônio Herman Benjamin, para quem não se pode falar em intervenção no direito de propriedade para preservação do meio ambiente, porque essa intervenção não opera no plano do direito em si, mas no plano do *uso* que o proprietário queira fazer do bem; isso porque a proteção do meio ambiente não está em conflito com o direito de propriedade, mas “é parte da mesma relação indivíduo-sociedade que dá à propriedade todo o seu significado e amparo”. Ver, do autor, “Reflexões sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente”. No texto, embora refira que a função social da propriedade impõe um limite interno ao direito de propriedade, ao expor seus argumentos o Ministro Herman Benjamin deixa claro que sustenta posição semelhante àquela proposta neste ensaio, ao dizer que “a função social é elemento essencial definidor do próprio direito subjetivo”, que orienta e determina o seu exercício.

⁵² Grégoire C.N. Webber, por exemplo, ataca a teoria externa e sustenta que as limitações aos direitos fundamentais devem ser compreendidas como *especificações* do conteúdo dos direitos, e que por isso elas são antes constitutivas dos direitos do que restritivas. Ver, do autor, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, especialmente o capítulo 4. Webber critica a teoria externa especialmente por entender que “‘limitação’ [aos direitos] é sinônimo de ‘infração’, ‘lesão’ ou ‘violação’” (p. 148). Em sentido contrário, para uma defesa vigorosa da teoria externa, ver Luis Prieto Sanchís, “La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura de los Sistemas de Libertades”, in *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, p. 217-260.

⁵³ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, e Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*.

⁵⁴ Virgílio Afonso da Silva, ob. cit., p. 109.

um exercício *prima facie* legítimo do direito fundamental”; ou então: “desmatar mata ciliar existente no interior de uma propriedade privada é um exercício *prima facie* legítimo do direito fundamental”. Somente depois da intervenção restritiva externa da função social da propriedade, e com base em uma ponderação adequada, é que poderíamos excluir tais condutas da proteção jurídica outorgada provisoriamente pela norma jusfundamental.

Contudo, a concepção ampla apresenta, a meu ver, três graves inconsistências teóricas. Primeiro, ela inclui, no conteúdo do direito fundamental, poderes ou faculdades naturais da ação humana sem qualquer consideração valorativa, quando a própria categoria do direito subjetivo, ainda que em uma forma provisória (*prima facie*), exige um juízo de valor prévio, isto é, não se pode aceitar que qualquer ação humana, decorrente das nossas faculdades naturais, receba desde já a natureza de um direito, ainda que apenas provisório.⁵⁵ Segundo, ela ignora a possibilidade de incluir no próprio conteúdo do direito qualquer elemento associado à promoção do bem comum, reforçando com isso o caráter puramente individualista dos direitos. Terceiro, ela supõe uma concepção de direitos sem qualquer tipo de delimitação, o que não parece ser logicamente possível. De fato, definir ou conceituar algo, inclusive um direito, implica necessariamente estabelecer um determinado conteúdo e seus contornos, fronteiras ou limites. Esse ponto é objeto de uma crítica precisa de Grégoire Webber:

Nós não podemos contemplar a liberdade de expressão sem apelar a algo, e quando apelamos a este “algo”, nós já estamos engajados no processo de limitação. Nesse sentido, é uma tautologia afirmar que todos os direitos são limitados. Os direitos não teriam sentido e nem significado como pretensões a menos que eles possam ser concebidos dentro de limites. Nós podemos dizer que a reivindicação de um direito *pressupõe* ou *implica* limitação adequada. Nenhum direito sem limitação é compreensível ou acessível; em suma, não existem direitos ilimitados.⁵⁶

O reconhecimento de que o direito à propriedade privada implica, mesmo *prima facie*, um uso social e ambientalmente sustentável da propriedade mostra que a teoria do suporte fático amplo não serve para explicar adequadamente o funcionamento deste direito fundamental. A inclusão da função social no conteúdo essencial do direito à propriedade exclui de seu próprio suporte fático hipotético ações humanas incompatíveis com o princípio de comunidade que expusemos antes. Com isso, muitos dos institutos tradicionalmente considerados como restrições à propriedade privada podem ser considerados meras regulações constitucionais ou legislativas das funções

⁵⁵ Robert Alexy esclarece que “a teoria ampla do suposto de fato conduz a um *modelo de dois âmbitos*. O primeiro é o dos casos *potenciais* de direito fundamental; o segundo, o dos casos *atuais* de direito fundamental” (ob. cit., p. 328-329). O seu polêmico exemplo ilustrativo de caso potencial de direito fundamental mostra a inconsistência teórica que anotamos no texto. Alexy advoga a existência de uma espécie de direito fundamental potencial a furtar, posteriormente excluído pela norma penal que proíbe o furto, e por isso inibe a “atualização” do direito potencial de furtar. O autor está se referindo aqui tão-somente à liberdade prática natural de realizar a ação de subtrair uma propriedade alheia, como se *a priori* não pudessemos pensar em absolutamente nenhum limiar capaz de separar racionalmente essa liberdade natural da categoria jurídica do direito de liberdade. Essa concepção borra a diferença entre “poder fazer algo” e “ter o direito de fazer algo” já no âmbito da razão prática, independentemente do que disponha um determinado direito positivo.

⁵⁶ Grégoire C. N. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, p. 125.

sociais inerentes à propriedade privada. É bem verdade que a distinção entre *regulação* e *restrição* não é fácil de ser traçada, como adverte Virgílio Afonso da Silva.⁵⁷ Como anota este autor, a “tênue margem” entre regulação e restrição torna problemático afirmar que intervenções em um direito fundamental não implicam também restrições ao seu conteúdo.⁵⁸ Todavia, se aceitamos, por um lado, que a função social não é um fator externo que interfere na propriedade privada e sim um elemento que pertence ao próprio conteúdo essencial do direito, e, por outro, que a função social é um elemento normativo genérico que exige regulamentação legislativa, então poderemos reconhecer que diversos institutos que parecem restringir os usos privados de um bem particular configuram na verdade uma mera regulação de outro elemento constitutivo do núcleo essencial do direito. Não há, portanto, nem limite imanente nem restrição externa ao direito à propriedade privada, mas uma regulação do seu conteúdo integral.⁵⁹

Assim, quando o § 4º do artigo 225 da Constituição Federal dispõe que a utilização da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, da Serra do Mar e do Pantanal Mato-Grossense far-se-á “dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”, ele não está restringindo o direito de propriedade, mas regulando o uso privado da propriedade para ajustá-lo ao outro elemento constitutivo do direito fundamental, que é a função social de preservação ambiental. O mesmo ocorre com a vedação de alteração ou supressão de vegetação nas áreas especialmente protegidas, previstas no inc. III do § 1º do artigo 225 e regulada detalhadamente no Código Florestal. As áreas de preservação permanente e de reserva florestal, como espécies de áreas territoriais especialmente protegidas, são, portanto, regulações da função social que compõe o núcleo essencial do direito. Vejamos os conceitos atribuídos a estes institutos pelo Código Florestal:

1) *Área de preservação permanente*: é a área coberta ou não por vegetação, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

2) *Reserva legal*: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo de fauna e flora nativas.

Em ambos os casos estamos diante de definições concretizadoras da função socioambiental da propriedade privada, especialmente da propriedade rural. Os usos privados são condicionados, conduzidos ou limitados com o objetivo de promover um interesse ecológico exigido do bem. O aproveitamento econômico da propriedade privada supõe, portanto, um *uso sustentável* dos recursos naturais nela existentes.

⁵⁷ Virgílio Afonso da Silva, ob. cit., p. 101 e ss.

⁵⁸ Virgílio Afonso da Silva, ob. cit., p. 100-101.

⁵⁹ Os limites programáticos deste ensaio não comportam uma explanação específica sobre a diferença entre regulação ou configuração e restrição do direito de propriedade. Porém, estaremos nitidamente diante de restrições externas a esse direito em institutos como a requisição administrativa, a servidão, a passagem forçada e as limitações administrativas ao direito de construir.

A vegetação, os recursos hídricos, a fauna e a flora que se encontram nas áreas de preservação permanente e de reserva florestal de uma propriedade privada têm o seu uso e sua preservação dirigidos por um regime de direito público. Situação muito semelhante ocorre com as Unidades de Conservação da Natureza das espécies Área de Proteção Ambiental e Área de Relevante Interesse Ecológico, previstas na Lei nº 9.985/2000, em que os usos privados da propriedade particular são preservados, mas submetidos a “normas e restrições” que visam a assegurar a “sustentabilidade do uso dos recursos naturais” (art. 15, *caput*) e a “compatibilizá-los com os objetivos de conservação da natureza” (art. 16, *caput*). O proprietário tem o direito e o dever de preservar essas “áreas territoriais especialmente protegidas” justamente porque a sua condição de proprietário de uma área de terras o coloca desde sempre em uma relação de *reciprocidade universal*, tanto com os demais membros da comunidade política em que está inserido quanto com a própria humanidade, inclusive com as futuras gerações.

O fato de que a função social da propriedade pertence ao próprio conteúdo essencial do direito, e que concretizações constitucionais ou legislativas sejam *regulações* e não restrições ao direito de propriedade, não impede que essas concretizações possam ser submetidas ao juízo de correção normativa, através de operações de ponderação ou do recurso ao princípio da proporcionalidade. Não há nenhuma incompatibilidade *a priori* entre a tese do conteúdo essencial complexo do direito de propriedade e a ponderação de bens.⁶⁰ Pode ocorrer que a regulação legal de um serviço ambiental da propriedade rural restrinja excessivamente ou até elimine os usos privados garantidos pelo direito fundamental à propriedade.

Na segunda seção deste trabalho procurei demonstrar que a proteção dos usos privados da propriedade particular é uma *condição de racionalidade* do sistema jurídico, o que significa que a garantia de um conteúdo mínimo desses usos privados é um elemento inafastável do direito de propriedade, e normas que eliminem completa ou substantivamente a utilização econômica do bem seriam não apenas “desproporcionais”, mas “irracionais”, desde uma perspectiva da razão prática. É por essa razão que não se pode aceitar que, em um sistema jurídico que garante a propriedade privada, uma legislação reguladora da função social prive completa ou substantivamente o proprietário de usar o seu bem para fins privados, como ocorre, exemplificativamente, em casos em que a soma das áreas de preservação permanente e de reserva florestal em uma determinada propriedade rural atinge índices que

⁶⁰ Virgílio Afonso da Silva sustenta ser “patente” a incompatibilidade entre a idéia de limites imanentes e a exigência de sopesamento (ob. cit., p. 165). As razões que ele utiliza em seu argumento poderiam ser utilizadas, evidentemente, contra a hipótese que estamos apresentando, em virtude da semelhança que ela guarda com a teoria interna. No entanto, a posição do autor não é convincente para nenhum dos casos. A ponderação entre bens, valores ou interesses concorrentes ou conflitantes é um recurso da razão prática que está sempre à disposição do agente para resolver este tipo de conflito. Se aceitamos que o conteúdo de um mesmo direito é constituído por diferentes bens, valores ou interesses e que estes eventualmente podem concorrer em determinadas circunstâncias fáticas, ainda que na forma suposta de “limites internos”, não parece haver nenhuma razão teórica para excluir o recurso à ponderação. Aliás, o próprio princípio da proporcionalidade é um recurso argumentativo inerente a qualquer juízo sobre direitos fundamentais, independentemente da teoria a qual nos filiaros acerca dos limites aos direitos.

eliminam, na prática, a exploração econômica da área. Isso porque, conforme argumentei acima, “o conteúdo mínimo do direito de propriedade, determinado pela razão prática, está ligado aos usos específicos do bem. Proibir completamente o uso agropastoril de uma área rural seria recusar à propriedade privada qualquer funcionalidade dominial e, por consequência, incorrer na irracionalidade prática de que falamos”. Por isso, fundamentar teoricamente que a proteção jurídica das áreas de preservação permanente e de reserva florestal são configurações constitucionalmente legítimas e não restrições externas ao direito de propriedade não implica justificar por extensão um determinado esquema legal como o atualmente existente no direito brasileiro. Esse não é o escopo de uma argumentação com pretensões exclusivamente teóricas e não dogmáticas como a que estou apresentando neste ensaio.

Um defensor da teoria externa dos direitos fundamentais poderia objetar que, ao fim e ao cabo, não há grande vantagem prática em incorporar a função social ao conteúdo essencial se as suas concretizações normativas também podem ser invalidadas através de juízos de ponderação ou do recurso ao princípio da proporcionalidade, exatamente como ocorre quando consideramos todo o tipo de restrição aos direitos fundamentais como limites externos, que só se legitimam após a operação de sopesamento com direitos ou bens colidentes. Contudo, a carga argumentativa em favor da preservação das funções sociais da propriedade privada é consideravelmente diferente e menor na hipótese que estamos defendendo neste estudo do que se considerarmos que elas devem ser conhecidas como limites externos ao direito fundamental, que conceitualmente só protegeria, de acordo com a teoria externa, os usos privados dos bens dominiais.

Em princípio, a hipótese aqui defendida oferece uma proteção argumentativa mais eficaz às funções sociais dos bens privados do que a que oferece, por exemplo, a teoria externa, com a vantagem adicional de formular um argumento igualmente sólido, baseado exclusivamente na razão prática, para a defesa do núcleo básico dos usos privados da propriedade particular. Usualmente os defensores da teoria externa realçam a vantagem argumentativa que ela oferece à defesa dos direitos fundamentais vis-à-vis a teoria interna. Como tentei mostrar, no entanto, o conceito compreensivo de propriedade privada, que inclui em seu conteúdo essencial o princípio da função social, oferece um ganho argumentativo bivalente, ou seja, otimiza a proteção das funções sociais da propriedade ao mesmo tempo em que preserva os seus usos privados.

O conceito compreensivo do direito fundamental à propriedade privada que apresentei neste estudo mostra-se também mais adequado ao ambicioso projeto político-jurídico da ordem constitucional brasileira, que busca harmonizar a proteção dos direitos individuais com a conquista de uma comunidade política bem ordenada. A Constituição Federal de 1988 envolveu a propriedade privada em um sistema complexo e plural de valores vinculados à ideia de justiça política, que aparecem em conceitos como de desenvolvimento sustentável e de justiça intergeracional, ambos previstos no artigo 225 da Lei Fundamental. O primeiro determina que a ordem econômica deve ser conjugada com a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e o segundo estabelece que o meio ambiente deve ser defendido e preservado para as presentes e futuras gerações. É evidente, portanto, o anacronismo

jurídico-constitucional de qualquer conceito de propriedade privada baseado em pressupostos filosóficos individualistas e puramente liberais, que foram explicitamente ultrapassados pela adoção de um modelo constitucional humanista e comprometido com a preservação do mundo natural.

CONCLUSÃO

O direito não precisa da aceitação ou da concordância dos seus destinatários para impor a sua força coercitiva. Kant dizia que a legalidade jurídica se diferencia da legalidade ética justamente porque impõe deveres objetivos ao agente independentemente do respeito interno que ele devota às leis. O indivíduo está obrigado a submeter-se ao comando das leis jurídicas ainda que não encontre boas razões morais para obedecê-las. No entanto, a coesão social de que depende a paz da comunidade é mais facilmente obtida quando os cidadãos sentem-se também eticamente obrigados a cumprir a legislação jurídica, porque a consideram moralmente legítima. Por isso apostei na capacidade de convencer o nosso interlocutor imaginário, que opunha objeções genuínas movidas por convicções ou interesses pessoais, de que existem boas razões filosóficas e teóricas que justificam a limitação dos usos privados da propriedade particular para promover o bem comum.

Para convencer nosso proprietário imaginário, utilizei uma argumentação dividida em três ordens diferentes de razões: razões de filosofia político-jurídica, de filosofia prático-moral e de teoria constitucional. As *razões de filosofia político-jurídicas* permitiram fundamentar duas proposições: primeiro, que é inerente à propriedade privada a realização de uma função social; segundo, que a propriedade privada só existe concreta e juridicamente a partir da criação do Estado e dentro dos limites previstos no ordenamento jurídico positivo do Estado. As *razões prático-morais* levaram a afirmar que a ideia de função social da propriedade, como limite aos usos privados da propriedade particular, tem como fundamento filosófico o princípio de comunidade, segundo o qual o proprietário que tem a sua propriedade protegida pelo direito da comunidade e cujas ações interagem necessariamente com as ações e os bens dos demais membros da sociedade deve usar a sua propriedade em benefício da comunidade, levando em consideração o conjunto de interesses sociais legítimos que exigem a participação do seu bem particular na busca do bem comum. Por fim, as *razões teórico-constitucionais* conduziram à conclusão de que a função social não é uma restrição externa ao conteúdo essencial do direito à propriedade, mas um elemento constitutivo desse conteúdo, pelo que normas constitucionais ou legais que promovam funções socioambientais não são normas limitativas do direito de propriedade, mas normas que configuram ou regulam o seu próprio conteúdo essencial.

É bem possível que, apesar desses esforços argumentativos, não tenha conseguido convencer nosso interlocutor da correção teórica dos nossos argumentos. Porém, sou tentado a dizer que o conjunto de argumentos apresentados neste ensaio ao menos coloca em um nível de racionalidade mais elevado o diálogo entre aqueles que defendem o caráter exclusivista da propriedade e aqueles que advogam em favor da função socioambiental da propriedade privada. Certos ou errados, os argumentos apresentados apelam à razão, que é a única instância que pode arbitrar com equidade um conflito de interesses tão divergentes em uma sociedade democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Reflexões sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 1, nº 4, out./dez. 1996. p. 41-60.
- BENSON, Peter. Philosophy of Property Law. In Jules Coleman e Scott Shapiro (Editores). *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 752-814.
- BRAZ, Adelino. *Droit et éthique chez Kant: l'idée d'une destination communautaire de l'existence*. Paris: Publications de La Sorbonne, 2005.
- COYLE, Sean e MORROW, Karen. *The Philosophical Foundations of Environment Law: Property, Rights, and Nature*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la Moralidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Philosophie critique et raison juridique*. Paris: PUF, 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- KRAUT, Richard. *Aristotle*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História. Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MARX, Karl. *A Questão Judaica*. São Paulo: Centauro Editora, 2003.
- MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a Dignidade da Legislação*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: Edições 70, 2009.
- PERLINGIERI. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.
- PLATÃO. *A República*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006.
- PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998.
- RIPSTEIN, Arthur. *Force and Freedom: Kant's Political Philosophy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.
- SANTÍ, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.
- WEBBER, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.