

FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONCEPÇÃO DOS BENS COMUNS

PROPERTY'S SOCIAL AND ENVIRONMENTAL FUNCTION: AN ANALYSIS FROM THE CONCEPTION OF COMMON GOODS

Artigo recebido em 19/05/2023

Artigo aceito em 16/06/2023

Artigo publicado em 23/10/2023

Cássio Alberto Arend

Doutor em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul – UCS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor Adjunto do Departamento de Ciências Jurídicas da Unisc. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental Crítico: teoria do direito, teoria social e ambiente. Advogado. E-mail: cassioarend@unisc.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2076-3120>.

RESUMO: Compreender a propriedade privada e a sua função socioambiental requer uma concepção que ultrapasse a noção tradicional que reduz a propriedade à pública e privada. Há que se compreender a existência de bens comuns que superam essa lógica e necessitam de uma nova forma de regulação e gestão. Ainda, a Constituição Federal de 1988 aponta para esse caminho quando estabelece o meio ambiente como bem comum de uso do povo. Na mesma linha, a experiência de Elinor Ostrom na gestão dos recursos de fundo comum aponta que os bens ambientais podem ser geridos e regulados de forma comunitária. Nesse sentido, a problemática da pesquisa, que visa compreender como a teoria dos bens comuns pode auxiliar na construção jurídica da função socioambiental da propriedade. A método utilizado é o dedutivo, sendo que os autores trabalhados na revisão bibliográfica revelam o quadro teórico para construção da hipótese. Sendo que essa se revela na ótica de que a propriedade privada cumpre sua função socioambiental quando respeita a tutela constitucional e infraconstitucional, bem como quando gerida comunitariamente enquanto recurso de fundo comum no que concerne ao bem ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: propriedade privada; função socioambiental; bens comuns; gestão de recursos comuns.

ABSTRACT: Understanding private property and its socio-environmental function requires a conception that goes beyond the traditional notion that reduces property to public and private. It is necessary to understand the existence of common goods that go beyond this logic and require a new form of regulation and management. Still, the Federal Constitution of 1988 points to this path when it establishes the environment as a common good for the use of the people.

Along the same lines, Elinor Ostrom's experience in the management of common fund resources points out that environmental goods can be managed and regulated in a community manner. In this sense, the problem of the research, which aims to understand how the theory of common goods can help in the legal construction of the socio-environmental function of property. The method used is deductive, and the authors worked on in the bibliographic review reveal the theoretical framework for building the hypothesis. This is revealed in the view that private property fulfills its socio-environmental function when it respects constitutional and infra-constitutional protection, as well as when communally managed as a common pool resource with regard to the environmental good.

KEYWORDS: private property; socio-environmental function; common goods; common pool resources.

1 INTRODUÇÃO

As questões que envolvem meio ambiente e propriedade se desenham extremamente complexas e necessitam de um olhar do direito diferente da concepção tradicional. Essa lastreada na noção dicotômica de propriedade pública e privada. Todavia, o meio ambiente enquanto um bem jurídico não está nem na esfera pública nem na privada, mas revela-se, consoante o texto constitucional, como um bem de uso comum do povo. Sendo que é nessa forma de que deve ser compreendido, tutelado e gerido, como um bem comum.

A partir desse contexto é que surge a problemática da pesquisa, que visa compreender como a teoria dos bens comuns pode auxiliar na construção jurídica da função socioambiental da propriedade. Para tal, traz à baila a discussão da propriedade e sua natureza jurídica, notadamente na função social e ambiental denotada pela Constituição Federal de 1988, bem como a compreensão do meio ambiente como um bem comum.

Nessa linha, a experiência da gestão dos recursos de fundo comum proposta por Elinor Ostrom em sua obra “*Governing the Commons*” aponta para uma possibilidade efetiva que ultrapassa a análise apenas sob o enfoque da gestão, mas adentra numa compreensão jurídica de regulação da propriedade que se reveste do caráter comum quando se trata de bens ambientais.

Para o desenvolvimento do presente estudo utiliza-se o método dedutivo. Para tal, como quadro teórico de base busca-se autores como Elinor Ostrom, David Bollier, José Isaac Pilati,

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Delton Winter de Carvalho. Ainda, como procedimento utilizou-se a pesquisa bibliográfica e referendada por técnicas que incluem o fichamento de texto e resumo expandido até a elaboração do texto definitivo.

Assim, a hipótese é de que a propriedade privada cumpre sua função socioambiental quando é compreendida sob a ótica dos bens comuns no que concerne aos bens ambientais, respeita a sua tutela constitucional e infraconstitucional, bem como quando gerida na ideia comunitária de gestão dos recursos de fundo comum.

2 A GESTÃO DOS RECURSOS DE FUNDO COMUM A PARTIR DA TEORIA DE ELINOR OSTROM

Inicialmente destaca-se importante analisar a gestão dos recursos de fundo comum buscando um marco teórico acerca dos bens comuns ambientais e sua governança. Nesse sentido, infere-se a necessária conceituação de bem comum com vistas à superação da dicotomia entre o bem público e privado. Da mesma forma analisar criticamente a Tragédia dos Comuns proposta por Garrett Hardin em face da obra *Governing the Commons* de Elinor Ostrom.

O bem ambiental, dentro de um contexto da doutrina civilista, pode ser entendido como o valor ambiente, extraído do texto constitucional no seu Art. 225. Para uma melhor dimensão da questão conceitual, tem-se que:

A solução mais sólida para o problema conceitual, segundo um ponto de vista estritamente jurídico, é considerar que o ambiente constitui bem jurídico indivisível (unitário) e que difere dos diversos bens jurídicos que o integram (autônomo). Embora composto por diversos bens isoladamente considerados, o ambiente é comum a todos, e é direito de todos, ainda que a propriedade privada daqueles seja pública ou privada. (SILVEIRA, 2014. p.155).

O meio ambiente estabelecido pela Constituição Federal de 1988 como bem de uso comum do povo não pode ser apropriado, representa o surgimento de um terceiro gênero de bem que extrapola a concepção tradicional de bem público e bem privado, trata-se de bem comum.

Para tanto:

O destino daquilo que chama bens comuns, ou seja, aqueles bens autogeridos em comum, em relações sociais fundadas sob a cooperação e a dependência recíproca, implicados aqui tanto os recursos naturais como a servidão gravada sobre os bens naturais, meios pelos quais várias comunidades garantiam (e garantem, ainda hoje) seus meios de sobrevivência. (SILVEIRA, 2014. p.157)

A partir disso entende-se que o bem ambiental é de uso comum do povo, podendo ser utilizado por qualquer pessoa, porém dentro dos limites constitucionais, bem como conjugado como essencial à sadia qualidade de vida. Nesse sentido, devendo observar, especialmente a dignidade da pessoa humana. (FIORILLO, 2015. p.195)

Imperioso assentar que essa percepção do bem ambiental como bem comum que transcende a dicotomia de público e privado e de que não seja apropriável, gera diversos conflitos de ordem econômica, especialmente. Tal fato se dá em razão da tentativa de apropriação privada do meio ambiente. Mas, também por inexistir uma construção conceitual jurídica mais encorpada de bem comum, o que atinge diretamente a dificuldade de defesa. “Os bens comuns não possuem titularidade, e só podem ser defendidos juridicamente de forma indireta, na qualidade de bens públicos estatais ou de direitos e interesses privados”. (SILVEIRA, 2014. p. 159)

O paradigma do mundo globalizado que reduz a sociedade a mercado, não consegue compreender a existência de bem comum. Apenas considera dois atores juridicamente considerados, o Estado (bem público) e o mercado (bem privado). Sendo o que se vislumbra é a necessidade do resgate do bem comum, ou *res publica* dos romanos, como forma de garantia de proteção ambiental. Ainda, a necessária superação da cultura privatista do direito trazida pela modernidade.

Nesse sentido, o que se propõe não é o fim do bem privado e do público, ou seja, Estado e mercado continuarão a existir, mas uma compreensão de que existem bens que não são nem públicos e nem privados, são comuns a todos e atendem a todos. Nessa baila, o pretende-se:

A dimensão da República Participativa que Roma vivenciou e que a Pós-Modernidade retoma no plano constitucional repõe a questão a ser dialeticamente sintetizada: não eliminar a velha propriedade e o velho Estado, mas resgatá-los em plano superior, redefinindo-os. Reestruturá-los em nova sinergia com elementos da nova ordem social. Nova ordem que irá fundamentar e legitimar a propriedade na justiça do mérito, de capital e trabalho e em novo *suum cuique tribuere*, baseado no equilíbrio entre as esferas distintas: do privado (indivíduo), do público (Estado) e do coletivo (Sociedade). Mirando-se no espelho da Antiguidade, recompor a face. (PILATI, 2011. p. 20-21)

Um dos grandes motivadores da apropriação privada do meio ambiente é a sua concepção enquanto bem público, ou seja, de domínio do Estado. Sendo um bem do Estado é cobiçado pelo mercado em razão da onda privatista. Como o bem ambiental tem valor, segundo as referências de mercado, há interesse na sua exploração. Ocorre que é possível vislumbrar a existência de

vários bens ambientais já privatizados quando falamos em água potável, biodiversidade, saneamento básico, em afronta o que dispõe a Constituição Federal de 1988.

Para melhor compreensão e dimensão:

Ricoveri descreve o processo de “deslegitimação” dos bens comuns, resultado de três circunstâncias históricas: (a) a revolução científica, protagonizada por Galileu, Newton, Descartes e Bacon, fundada no método indutivo, que respondia às exigências de conhecer a natureza para comandá-la, de novas tecnologias que alterassem os ciclos naturais e, em última instância, de expansão econômica; (b) o nascimento do Estado no sentido moderno, fundado sobretudo no *Leviatã* de Hobbes, que suplanta a lógica da cooperação das comunidades em face do individualismo egoísta que justifica o Poder Público centralizado; (c) a “ciência econômica moderna”, com a redução da sociedade; a “sociedade de mercado” e do homem a *homo economicus*, que exprime a ideologia da acumulação privada e a utopia do mercado autorregulado. (SILVEIRA, 2014, p. 164)

O pensamento que reduza sociedade à mercado e por conseguinte estabelece uma sociedade de mercado pode ser vislumbrado na Tragédia dos Comuns defendida por Garret Hardin que entende que o bem comum é escasso e para preservá-lo seria necessário a apropriação privada. Trata-se da compreensão moderna da existência de apenas os agentes do Estado e do mercado.

Nesse caso a Tragédia dos Comuns pode ser verificada no seguinte posicionamento teórico:

The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy. (HARDIN, 1968. p. 1244)¹

Para Hardin a maximização da utilização da propriedade só seria possível mediante a existência da propriedade privada. Entende que “a racionalidade não é compatível com os *commons* limitados. A liberdade dos *commons* seria a ruína de todos”. (VARGAS; HERSCOVICI, 2017. p. 109). A Liberdade seria no sentido de utilização da propriedade

¹ Tradução livre: A tragédia dos comuns se desenvolve desta forma. Imagine um pasto aberto a todos. É de se esperar que cada criador de gado vai tentar manter o gado do maior número possível no terreno comum. Tal mecanismo pode funcionar de modo razoavelmente satisfatório durante séculos, devendo-se às guerras tribais, à caça furtiva, e à doença manter o número de homens e animais bem abaixo da capacidade de absorção do solo. Por último, no entanto, vem o dia do julgamento, ou seja, o dia em que o objetivo a longo prazo desejado de estabilidade social se torne uma realidade. Neste ponto, a lógica inerente do que é comum impiedosamente gera tragédia.

comum e seus recursos limitados de maneira indistinta, o que geraria, com vistas a sua maximização utilitarista, a ruína da própria propriedade. Isso pode ser vislumbrado quando Hardin aponta que a ‘liberdade dos mares’ que professa os “inesgotáveis recursos dos oceanos” tem contribuído para a extinção de várias espécies de peixes e baleias. Ou quando traz à baila a questão dos parques nacionais, abertos a todos sem limites, o que também geraria a tragédia dos comuns. (HARDIN, 1968. p. 29).

O autor ainda destaca que o crescimento populacional de maneira exponencial gera uma dificuldade de preservação dos recursos escassos nas propriedades comuns. Nesse sentido, assevera que a propriedade privada seria o melhor caminho para conter o problema da poluição. Para tanto, ele aponta que:

The tragedy of the commons as a food basket is averted by private property, or something formally like it. But the air and Waters surrounding us cannot readily be fenced, and so the tragedy of the commons as a cesspool must be prevented by diferente means, by coercive laws or taxing devices that make it cheaper for the polluter to treat his pollutants than to discharge them untread. (HARDIN, 1968.p. 30) ²

Diante disso, Hardin entende que a propriedade privada, mediante regulação, é capaz de preservar os recursos ambientais comuns. E que essa regulação pode ocorrer de várias formas consoante a característica do bem comum envolvido. Esse seria o caminho para evitar da tragédia dos comuns.

Todavia, Hardin sofre a crítica de Bollier justamente por defender a desregulação da gestão dos recursos e distinção de comunidade, que em razão disto não considera com bem comum:

There is just one significant flaw in the tragedy parable. It does not accurately describe a commons. Hardin’s fictional scenario sets forth a system that has no boundaries around the pasture, no rules for managing it, no punishments for over-use and no distinct community of users. But that is not a commons. It is an open-access regime, or a free-for-all. A commons has boundaries, rules, social norms and sanctions against free riders. A commons requires that there be a community willing to act as a conscientious steward of a resource. Hardin was confusing a commons with “noman’s-land” — and in the process,

² HARDIN, 1968.p. 30 Tradução livre: A tragédia dos comuns, como uma cesta de alimentos, é evitada pela propriedade privada ou por algo formalmente parecido. Mas, o ar e as águas que nos cercam não podem ser facilmente cercados e assim, a tragédia dos comuns como uma fossa deve ser evitada por diferentes meios, por leis coercitivas ou mecanismos de taxaço que fazem com que o poluidor trate seus poluentes do que descartá-los sem tratamento.

he smeared the commons as a failed paradigm for managing resources (BOLLIER, 2014, p. 19)³

Na mesma linha, conforme explicita Byrne “os proprietários também podem concluir racionalmente que esgotar todo o valor de um recurso imediato é mais valioso para eles do que preservá-lo, mesmo que isso elimine opções para usos futuros”. (BYRNE, 2005. p. 680). Para tanto, se pode vislumbrar que a propriedade privada não é a única possibilidade de preservação dos recursos ambientais, pois os interesses privados podem não caminhar na mesma direção da preservação.

Em contraponto a essa teoria e demonstrando que há possibilidade de haver atores diferentes do Estado e do mercado, destaca-se Elinor Ostrom com a teoria “*Governing the commons*”. A autora demonstra com exemplificação empírica a possibilidade de existência das *common pool resource* (recursos de fundo comum). Trata-se de identificação de uma série de iniciativas ao longo do mundo em que há o desenvolvimento de bens comuns externos ao Estado e ao mercado.

Nesse sentido, Ostrom demonstra que apesar da incerteza do ambiente comum, as populações permanecem mais tempo estáveis nos *commons*, especialmente em razão haverem normas que definem um comportamento adequado construídas de maneira coletiva e fiscalizadas pelos apropriadores. (OSTROM, 1990, p. 88).

Ainda, aponta a existência de princípios caracterizadores da robustez dos recursos de fundo comum, quais sejam: a) limites claramente definidos; b) congruência entre regras de apropriação e provisão e condições locais; c) arranjos de escolha coletiva; d) monitoramento, e) sanções graduadas; f) mecanismos de resolução de conflitos, g) reconhecimento mínimo de direitos de organização; h) empreendimentos aninhados. (OSTROM, 1990, p. 90)

A função desses princípios de *design* é gerar integridade na gestão dos recursos de fundo comum. Para tanto, imperioso explicitar o que seja cada um desses princípios. Para tanto, o primeiro princípio é dos limites claramente definidos, em que os indivíduos ou famílias têm o direito de retirar unidades de recursos de maneira limitada. O princípio da Congruência entre regras de apropriação e provisão e condições locais, denota que as regras de apropriação que

³ Tradução livre: Há apenas uma falha significativa na parábola da tragédia. Não descreve com precisão um bem comum. O cenário fictício de Hardin estabelece um sistema que não tem limites em torno do pasto, sem regras para gerenciá-lo, sem punições por uso excessivo e sem comunidade distinta de usuários. Mas, isso não é um bem comum. É um regime de acesso aberto ou gratuito para todos. Um bem comum tem limites, regras, normas sociais e sanções contra os passageiros livres. Um bem comum exige que haja uma comunidade disposta a agir como um administrador consciente de um recurso. Hardin estava confundindo bem comum com "terra de ninguém" e no processo, ele difundiu os bens comuns como um paradigma fracassado para gerenciar recursos.

restringem o tempo, lugar, tecnologia, e quantidade de unidades de recursos estão relacionadas às condições locais e aos planos de projeção de trabalho, material e /ou dinheiro. O princípio dos arranjos de escolha coletiva, permite que a maioria dos indivíduos afetados pelas regras operacionais pode participar da modificação das regras operacionais. Além de serem adequadas as regras precisam da cooperação de todos para o cumprimento e em caso contrário deverá ter o respectivo sancionamento. Nesse sentido, tem-se que:

The presence of good rules, however, does not ensure that appropriators will follow them. Nor is the fact that appropriators themselves designed and initially agreed to the operational rules in our case studies an adequate explanation for centuries of compliance by individuals who were not involved in the initial agreement. It is not even an adequate explanation for the continued commitment of those who were part of the initial agreement. Agreeing to follow rules ex ante is no easy commitment to make. Actually following rules ex post, when Strong temptations arise, is the significant accomplishment. (OSTROM, 1990, p. 93)⁴

Já o princípio do monitoramento, entende que os monitores auditam de maneira ativa as condições dos recursos de fundo comum e o comportamento do responsável perante os apropriadores ou dos próprios apropriadores. Isto reforça a ideia de comunidade no sentido de autofiscalização para que as regras criadas de maneira coletiva sejam cumpridas. No princípio das sanções graduadas, refere-se aos apropriadores que violam as regras operacionais e que provavelmente serão avaliados. A partir disso, terão sanções graduadas, dependendo da gravidade e contexto da infração, por outros apropriadores, por funcionários responsáveis perante estes apropriadores, ou por ambos. Na mesma baila, o princípio dos mecanismos de resolução de conflitos, estabelece que os apropriadores e seus funcionários têm acesso rápido às arenas locais de baixo custo para resolver conflitos entre apropriadores ou entre apropriadores e funcionários. Para que se tenha efetividade nas sanções e na resolução dos conflitos é imprescindível o princípio do reconhecimento mínimo de direitos de organização, em que os direitos dos apropriadores de criar suas próprias instituições não são contestados por autoridades governamentais externas. E por fim, para os recursos de fundo comum em sistemas maiores, o princípio dos empreendimentos (Empresas) aninhados, que se busca a apropriação,

⁴ Tradução livre: A presença de boas regras, no entanto, não garante que os apropriadores as sigam. Não é de surpreender que os próprios apropriadores tenham projetado e inicialmente concordado com as regras operacionais em nossos estudos de caso em uma explicação adequada para séculos de conformidade por indivíduos que não estavam envolvidos no contrato inicial. Nem sequer é uma explicação adequada para o compromisso contínuo daqueles que fizeram parte do acordo inicial. Concordar em seguir regras ex ante é um compromisso fácil de se fazer. Na verdade, seguir regras ex post, quando surgem fortes tentações, é a conquista significativa.

provisão, monitoramento, fiscalização, resolução de conflitos e as atividades de governança são organizados em várias camadas de empreendimentos (empresas) aninhados.

Acerca dos recursos de fundo comum, mister ponderar que:

The most notable similarity of all, of course, is the sheer perseverance manifested in these resource systems and institutions.(...) The institutions meet Shepsle's criterion of institutional robustness, in that the rules have been devised and modified over time according to a set of collective-choice and constitutional-choice rules. These cases were specifically selected because they have endured while others have failed. Now the task is to begin to explain their sustainability and robustness, given how difficult it must have been to achieve this record in such complex, uncertain, and interdependent environments in which individuals have continuously faced substantial incentives to behave opportunistically. (OSTROM, 1990, p. 89)⁵

Na seara dos recursos de fundo comum, notadamente no quesito de mecanismo de solução de conflitos, há que se referir a experiência do Tribunal das Águas de Valência na Espanha:

In Valencia, the irrigators from seven of the major canals are organized into autonomous irrigation communities whose syndic, 12 or chief executive, participates in two weekly tribunals. The Tribunal de las Aguas is a water court that has for centuries met on Thursday mornings outside the Apostles' Door of the Cathedral of Valencia. The many Islamic features of its traditions have led scholars to argue that the court evolved during the period of Islamic rule. Its proceedings are carried on without lawyers, but with many onlookers. A presiding officer questions those who are involved in a dispute and others who may be able to provide additional information, and the members of the court, excluding the syndic whose canal is involved, make an immediate decision regarding the facts of the case in light of the specific rules of the particular canal. Fines and damages are assessed consistent with the rules of the particular canal. The final decisions of the court are recorded, but not the proceedings. After the court session, the syndics may also convene a second tribunal, which serves as a coordinating committee encompassing all seven of the canals to determine when to institute operating procedures related to seasonal low waters or to discuss other intercanal problems. (OSTROM, 1990, p. 71-72)⁶

⁵ Tradução livre: A semelhança mais notável de todas, é claro, é a pura perseverança manifestada nesses sistemas e instituições de recursos. (...) As instituições atendem ao critério de robustez institucional de Shepsle, na medida em que as regras foram elaboradas e modificadas ao longo do tempo, de acordo com um conjunto de regras de escolha coletiva e escolha constitucional. Esses casos foram selecionados especificamente porque perduraram enquanto outros falharam. Agora, a tarefa é começar a explicar sua sustentabilidade e robustez, considerando o quão difícil deve ter sido esse recorde em ambientes tão complexos, incertos e interdependentes, nos quais os indivíduos têm continuamente enfrentado incentivos substanciais para se comportarem oportunisticamente.

⁶ Tradução livre: Em Valência, os irrigadores de sete dos principais canais estão organizados em comunidades autônomas de irrigação, cujos administradores são 12 síndicos que participam em dois tribunais semanais. O Tribunal de las Aguas é uma Corte de Água que há séculos se encontra nas manhãs de quinta-feira à porta da Catedral dos Apóstolos de Valência. Os muitos traços islâmicos de suas tradições levaram os estudiosos a argumentar que o tribunal evoluiu durante o período da regra islâmica. Todos os procedimentos são realizados sem advogados, mas com muitos espectadores. Um presidente da mesa interroga aqueles que estão envolvidos em uma disputa e outros que possam fornecer informações adicionais, e os membros da corte, excluindo o síndico cujo canal está envolvido, tomar uma decisão imediata sobre os fatos do caso em análise e das regras específicas do canal particular. Multas e danos são avaliados coerentemente com as

Diante disso, a teorização da gestão dos recursos de fundo comum trazida por Elinor Ostrom, a partir de um ideário de construção comunitária, denota um caminho para a gestão dos bens ambientais enquanto bens comuns. Em suma, acena com um modelo teórico-jurídico de organização e solução de conflitos construídos de maneira comunitária e que compreende a própria natureza do bem ambiental. Somando-se a isso, imperioso também a compreensão da noção de função socioambiental da propriedade estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

3 FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS BENS COMUNS

A sociedade pós-moderna, em face a sua complexidade de relações produzidas, não suporta mais a segmentada codificação do direito, bem como a distinção reducionista em direito público e privado. Nesse sentido, o direito de propriedade necessita ser compreendido sob uma perspectiva que não seja apenas privada ou pública, mas coletiva também.

Nessa baila, muito bem observa Pilati (2011. p.41):

Essa nova propriedade pós-moderna surge no bojo de um processo mais amplo, de restauração política e jurídica do Coletivo, da participação e da democratização. É a propriedade constitucional, que não se pauta pelo figurino codificado da propriedade moderna; mas, e este é o ponto, necessita e desfruta do mesmo status de direito subjetivo da propriedade comum, na qual se espelha como direito fundamental e oponibilidade *erga omnes*.

Imperioso ressaltar que o cenário dogmático jurídico brasileiro aponta para a positivação da propriedade privada no art. 1.228 do Código Civil e a categorização dos bens públicos e privados no art. 98. Já a Constituição Federal de 1988 estabelece no seu art. 5º, inciso XXII o direito de propriedade e no inciso XXIII que a propriedade deverá atender a sua função social. Ainda, no art. 225 dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem comum. Diante disso, se pode verificar que há uma disposição constitucional fundada numa concepção de garantia da propriedade privada, mas com cumprimento da função social e a construção de uma propriedade coletiva (meio ambiente). Enquanto isso, o Código Civil ainda regula a propriedade numa concepção público/privada sob uma ótica individual.

regras do canal particular. As decisões finais do tribunal são registradas, mas não o processo. Após a sessão do tribunal, os sindicatos também podem convocar um segundo tribunal, que serve como comitê coordenador, abrangendo todos os sete canais para determinar quando instituir procedimentos operacionais relacionados a águas baixas sazonais ou discutir outros problemas intercanais.

Para tanto, essa compreensão de propriedade que não percebe a existência da propriedade coletiva, proporciona uma grave crise de compreensão e aplicação do direito. Nessa linha, aponta-se que:

A crise não decorre da propriedade privada em si, mas da inoperância da ordem jurídica quanto a outra dimensão, a coletiva, da Pós-Modernidade. Esse erro (?) de continuar aplicando o velho modelo no contexto de mudança gera o vazio jurídico estrutural de resolver problemas de tutela coletiva pelos moldes do Código Civil, que é direito comum, e do código de processo civil, que se orienta pelo conflito individual. Não é um mal em si que o modelo da propriedade moderna esteja vivo na ordem constitucional de 1988; é o contrário. O que se impõe é implementar a República Participativa, como soberania, estrutura política e forma jurídica próprias. (PILATI, 2011, p. 46-47)

Nesse sentido, a propriedade privada assume um caráter fundamental, um direito-dever que possui uma dimensão subjetiva, em que o direito de propriedade é garantido a todos, inclusive aos estrangeiros. Ocorre que a sua garantia está “condicionada ao dever de que seu exercício se dê em sintonia com uma dimensão comunitária ou objetiva, devendo, para tanto, a propriedade privada atender à função social”. (CARVALHO, 2018. p. 1665) Ainda, a propriedade privada e sua função social devem estar em sintonia com os princípios da ordem econômica trazidos pelo art. 170 da Constituição Federal de 1988, bem como compreendidos tanto para a área urbana quanto rural.

Ainda, o Código Civil, no §1º do art. 1.228 prevê expressamente que o “direito de propriedade deve ser exercido em consonância com a suas finalidades econômicas e sociais”, além de observar os critérios ambientais estabelecidos em lei especial. Diante disso, o direito-dever de propriedade privada é garantido na dimensão subjetiva que repercute na faculdade de usar, gozar, dispor e reivindicar bens. Todavia, esse direito, tem limites (deveres) em razão de interesses transindividuais que trazem uma perspectiva coletiva-comunitária.

Diante disso, tem-se que:

Assim, nota-se que a propriedade privada passa a apresentar um deslocamento de uma dimensão individualista (direito individual) para uma dimensão econômica (instituto de direito), funcionalizada para atendimento a interesses comunitários, adquirindo, por isso, uma dimensão social. Acompanhando a lição clássica, pode ser dito que o princípio da função social ‘transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la’. (CARVALHO, 2018, p. 1666)

Imperioso assentar que a função social da propriedade se dá no âmbito da propriedade privada, não há que se falar em função social da propriedade pública. Para tanto, o direito de propriedade (privada) consiste na conjugação do direito subjetivo à propriedade e, da função,

que se verifica mediante análise de sua relevância social, ou seja, comunitária. Essa funcionalização do direito de propriedade exige uma percepção sistêmico-complexa da relação entre o interesse individual privado e o interesse social. Nesse sentido, importante a contribuição de Byrne (2005. p. 682):

In my view, property is a highly dynamic institution. People today have less discretion to use land as they wish, but more ownership over their own ideas and creation. The boundaries of rules that confer discretion or protection against harm shift to reflect economic, technological, and cultural factors.⁷

A função social da propriedade reflete, obviamente, os limites dogmáticos exarados no plano constitucional e infraconstitucional, todavia, também reflete os aspectos sistêmicos (econômicos, tecnológicos, políticos, culturais) de sua comunidade. Também, há que lembrar que esses limites estabelecidos pela função social “não autoriza o esvaziamento do conteúdo essencial mínimo da propriedade sem a respectiva indenização, uma vez estar o direito à propriedade privada também assegurado como direito fundamental e garantia constitucional.” (CARVALHO, 2018, p. 1668).

Nessa seara, uma análise sistêmica da função social da propriedade remete necessariamente para a compreensão de que os aspectos ambientais também devem ser considerados. Diante disso, a propriedade também assume uma dimensão funcional ambiental, evidenciada no art. 225 da Constituição Federal e no art. 1.228 do Código Civil. Para tanto, o professor Morato Leite (2015. p. 106), leciona que:

(...) todo ato de apropriação sobre os bens na ordem econômica nacional deve ser capaz de atender, a um só tempo, três funções, uma econômica, uma social e uma ambiental. Desse modo, em uma economia de mercado que também é social e ecológica (art. 170, VI, da CF/88), o exercício de qualquer liberdade econômica precisa viabilizar a proteção de valores outros que não se encontram associados diretamente à apropriação econômica, sendo um deles a proteção do meio ambiente.

A função ambiental da propriedade busca trazer à discussão um aspecto da propriedade que vai além da sua repercussão meramente econômica. E com isso acarreta um grande desafio, qual seja, a garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com limitação de utilização e acesso aos recursos naturais, sem esvaziar ou aniquilar o direito de propriedade. A complexidade é tamanha que o exercício constitucional e legal da função ambiental

⁷ Tradução livre: Na minha opinião, a propriedade é uma instituição altamente dinâmica. As pessoas hoje têm menos discricção para usar a terra como desejarem, mas mais propriedade sobre suas próprias ideias e criação. Os limites das regras que conferem discricção ou proteção contra a mudança de danos refletem fatores econômicos, tecnológicos e culturais.

da propriedade não gera, por exemplo, dever de indenização do Estado, todavia, havendo limitação administrativa que esvazie o direito de propriedade gera dever de indenizar.

Para tanto, Delton Carvalho (2018. p. 1671) estatui que:

O elemento catalizador da função ambiental, por evidente, é o meio ambiente. A função ambiental impõe ao proprietário não apenas um dever de abster-se de determinadas atividades, mas também a obrigações de fazer no sentido de utilização ambientalmente responsável para obtenção de benefícios não apenas econômicos, mas também ambientais.

Em razão da engenharia constitucional evidenciada, da dogmática infraconstitucional e da percepção doutrinária acerca de que o meio ambiente é direito fundamental, há que se falar em função socioambiental da propriedade. “Pode-se prever que a forma dos direitos de propriedade continuará a evoluir à luz de preocupações ambientais, mudanças econômicas e inovações legais.” (BYRNE, 2005, p. 689) O meio ambiente enquanto bem comum gera um dever de preservação por parte do direito. Esse dever, expressado na função socioambiental não tem como premissa extinguir a função individual da propriedade, até mesmo porque o direito subjetivo de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constam do rol de direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, de maneira originária, e por conseguinte, não colidentes. Contudo, caso inconciliáveis, em face de uma situação concreta, pode o Poder Público utilizar-se do instituto da desapropriação, ou pode ser invocado, por via indireta, pelo proprietário.

Em que pese haja um sólido aparato constitucional e infraconstitucional legislativo que vislumbre juridicamente a função socioambiental da propriedade, ainda carece no âmbito de compreensão social e de efetivação a proteção dos bens ambientais em face da propriedade privada. Ainda subsiste a ideia de que o meio ambiente é *res nullius* e como tal pode ser apropriado de maneira indistinta e sem limitações. Nesse sentido, poderia se trabalhar com a ideia de patrimônio comum, que seria pertencente a um proprietário privado, mas adstrito a alguns preceitos de gestão, estes determinados pelo interesse comunitário. (OST. p. 78).

Nessa linha, a ideia de patrimonializar os bens ambientais coadunam-se com a noção de bem comum, ou seja, o meio ambiente como um direito e um dever de todos. Assim, “patrimonializar um espaço, um recurso, um bem, é reconhecer que nele são inscritos não apenas interesses de consumo, mas igualmente valores identitários.” (OST. p. 381). Valores esses criados a partir da perspectiva comunitária, inclusive com regras de utilização e solução de conflitos, conforme já evidenciado no exemplo de Valência na Espanha. Para tanto, imperioso assentar como premissa a noção na qual se trabalha acerca de bem comum:

A noção de bens comuns, nesse sentido, cuida do uso comungado ou compartilhado do ambiente, em proveito de uma comunidade específica, de forma a não esgotar esse bem e não instaurar um impedimento erga omnes ao seu proveito, esgotando-o ou degradando-o. (SILVEIRA, 2014, p. 183)

A noção trazida à baila acerca dos bens comuns denota que há formulação, inclusive constitucional, da existência de bens que não estão nem sob domínio privado, nem sob domínio público (estatal), que são efetivamente comuns. E que deveriam estar sob uma “gestão patrimonial negociada”, liderada pela comunidade envolvida especificamente com o bem. Nesse sentido, Ostrom fornece uma série de exemplos de desenvolvimento das “*common pool resource*”⁸, que denotam a efetivação da gestão comunitária dos bens comuns e a consequente função socioambiental da propriedade.

Nessa linha, deixar a gestão desses bens comuns ao poder público, a realidade demonstra a total ineficiência do mesmo na efetivação constitucional e na proteção do meio ambiente. Ainda, vale-se da crítica abaixo:

A um poder público colonizado por interesses particulares, cúmplice na destruição dos recursos naturais (do ambiente como um todo) e dominado pela corrupção, a tarefa é restituir a vocação do direito em abrigar os bens comuns. Trata-se de conferir, que ao bem comum, no singular, quer aos bens comuns, no plural, uma voz jurídica, um instrumental de efetivação de direitos constitucionalmente previstos e já bastante conhecidos. (SILVEIRA, 2014, p. 186)

Diante disso, a efetivação da garantia constitucional da função socioambiental da propriedade requer a compreensão do meio ambiente como bem comum, e sua patrimonialização como forma de agregar valores identitários. Para tanto, a gestão desse bem/patrimônio comum deve se dar de maneira comunitária, denotando uma superação da noção bem privado ou bem público. E a própria Constituição Federal de 1988 vislumbra essa possibilidade ao elencar o meio ambiente como um direito e um dever de todos, além de expressar ser um bem de uso comum. Assim, a propriedade privada cumpre sua função socioambiental quando respeita os dispositivos normativos constitucionais e infraconstitucionais, bem como quando gere o bem comum (meio ambiente) nos moldes da *comonn pool resource*.

REFERÊNCIAS:

⁸ Tradução livre: Recurso de propriedade comum. Expressão cunhada pela obra de Elinor Ostrom, denominada “Governing the Commons: the evolution os institutions for collective action.

BOLLIER, David. **Think like a commoner**: a short introduction to the life of the commons. Canada: New Society Publishers, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out.1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

BYRNE, J. Peter. “Property and Environment: Thoughts on na Evolving Relationship”. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. V28. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

CARVALHO, Delton Winter de. A função ambiental da propriedade: caráter conceitual para a modulação dos conflitos socioambientais. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n.º 3, p. 1662-1691, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, 13 de dezembro de 1968, V. 162 n. 3859, p. 1243-1248. Disponível em <http://www.sciencemag.org/>. Acesso em 14 de maio de 2023.

LEITE, José Rubens Morato (org). **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, s.d.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons**: the evolution of institutions for collective action. Cambridge University Press, 1990.

PILATI, José Isaac. **Audiência pública na Justiça do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Lemonad, 2000.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Risco Ecológico Abusivo**: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável. Caxias do Sul: Educs, 2014.

VARGAS, J.; HERSCOVICI, A. A tragédia dos commons revisitada: uma análise crítica. **Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 35, n VARGAS, J.; HERSCOVICI. 67, p. 105-128, mar. 2017.