

ANTONIO HERMAN VASCONCELLOS E BENJAMIN²
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O homem tem de compreender que as suas repetidas agressões ao ambiente transtornam os mecanismos fundamentais da evolução e arriscam-se a provocar o desaparecimento da espécie humana.³

All human beings have the fundamental right to an environment adequate for their health and well-being⁴

Sumário

1. Introdução: O ambientalismo como fenômeno universal - 2. A evolução da preocupação ambiental e o despertar do Direito - 3. Direito Administrativo e Direito Ambiental: Exportação e importação à origem da noção de função ambiental: 3.1 Novidade e complexidade do tema ambiental: A migração do Direito Administrativo para o Direito Ambiental; 3.2 A gestão ambiental influenciando a atividade do administrador: A migração do Direito Ambiental para o Direito Administrativo - 4. Os objetivos e conteúdo deste estudo - 5. Função como noção

¹ O autor gostaria de deixar seu sincero agradecimento a Roger Findley (Loyola University), Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo (PUC-SP) - todos eles amigos e mestres - pelas lições recebidas.

² Membro do Ministério Público de São Paulo, Mestre em Direito (L.L.M.) pela University of Illinois (EUA), Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito e Política Ambiental, Assessor Especial da Secretaria de Meio-Ambiente do Estado de São Paulo e Diretor da "Biblioteca de Direito Ambiental" da Editora Revista dos Tribunais.

³ Konrad Lorenz, Prémio Nobel de fisiologia e medicina de 1973.

⁴ "Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development, Final report of the experts group on environmental law on legal principles for environmental protection and sustainable development", in Environmental Protection and Sustainable Development, London, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1986, p. 38.

proteiforme: 5.1 O comportamento e sua relevância para o Direito. Do ato à atividade; 5.2 A atividade ou missão como noções jurídicas - 6. O desenvolvimento histórico do conceito de função - 7. As diversas acepções do termo função - 8. conceito jurídico de função: 8.1 A distinção entre direito subjetivo e "potestas"; 8.2 As dificuldades na conceituação jurídica de função - 9. Características essenciais da função: 9.1 O caráter finalístico, homogêneo e de relevância global da atividade; 9.2 A função como um dever-poder; 9.3 A tutela do interesse alheio - 10. Função privada e função pública - 11. As diversas funções estatais: 11.1 O Estado e a divisão de suas funções; 11.2 A visão tricotômica clássica - 12. Os diversos modelos para a distinção entre as funções estatais - 13. O modelo técnico - 14. Os modelos jurídicos: 14.1 Os conceitos negativos ou residuais; 14.2 Os conceitos positivos: 14.2.1 O conceito formal; 14.2.2 O conceito material - 15. Novas tendências conceituais positivas - 16. Novos matizes do conceito material - 17. Os conceitos mistos (formal-material) - 18. A função administrativa como elementar para o estudo do Direito Administrativo: 18.1 O conceito de função administrativa; 18.2 Função ou funções administrativas? - 19. Função ambiental - 20. A questão ambiental e seus enfoques - 21. Meio-ambiente: Do econômico ao jurídico - 22. Os elementos da

função jurídica ambiental - 23. O sujeito titular da missão - 24. O monopólio estatal contestado: função ambiental pública e função ambiental privada 4- 25. A função ambiental pública: 25.1 Identificação da função ambiental pública; 25.2 A função ambiental administrativa - 26. A função ambiental privada - 27. O sujeito beneficiário da função ambiental - 28. O objeto da função ambiental: 28.1 A comunialidade como atributo econômico do bem ambiental; 28.2 A comunialidade econômica e seus reflexos na caracterização da função jurídica ambiental - 29. A natureza jurídica do bem ambiental no Brasil e no Direito comparado - 30. Os bens públicos - 31. Evolução do conceito de bem público - 32. Classificação dos bens públicos: 32.1 Os bens públicos de uso comum; 32.2 Os bens públicos de uso especial; 32.3 Os bens públicos patrimoniais - 33. O meio-ambiente (Macrobem) como bem público de uso comum - 34. O meio-ambiente como bem público autônomo e unitário - 35. Conseqüências da natureza pública do bem ambiental - 36. Conclusão.

1. Introdução: o ambientalismo como fenômeno universal

Nas últimas décadas, principalmente nos anos 70 e 80, a preocupação com o meio-ambiente ultrapassou a fronteira das Ciências

Naturais e se integrou ao dia-a-dia de políticos, de economistas, de sociólogos e, como não poderia deixar de ser, de profissionais do Direito.⁵

Não se pense que há no zelo ambiental - mesmo no radical, jocosamente chamado de *ecoxiismo* - mais um modismo, mais um movimento passageiro da sociedade de consumo. Não, o ambientalismo tem laços firmes *com* e *na* realidade humana que o produz e alimenta, estando hoje decididamente apoiado em informações e dados científicos.⁶

Se a consciência ambientalista se espraia rapidamente por todo o planeta é porque a devastação ambiental, por sua vez, não mede fronteiras físicas, políticas ou econômicas. Há poluição nos países industrializados e nos países de economia agrária, nos países desenvolvidos e nos países subdesenvolvidos, de vez que "poluição - ao contrário do que às vezes se acredita - não surge simplesmente como decorrência do crescimento industrial e agrícola. Onde houver seres humanos, haverá poluição".⁷

2. A evolução da preocupação ambiental e o despertar do Direito

A proteção jurídica do meio-ambiente aparece, então, como exigência desta situação "sufocante" de degradação da qualidade de vida.⁸ Fatores múltiplos - como o esgotamento dos recursos naturais do planeta, a contaminação de alimentos e das reservas de água potável, o desaparecimento contínuo de espécies, a destruição da camada de ozônio, a multiplicação dos depósitos de lixo tóxico e radioativo, a erosão dos solos férteis, o efeito "estufa", a devastação do patrimônio ecológico, histórico e

⁵ Como muito bem assinala Édis Milaré, "A problemática ecológica está na ordem do dia. Basta atentar para as fontes de informação para se ver que as agressões ambientais diuturnamente desfilam nos noticiários" (cf. Milaré, Édis, Curadoria do Meio-Ambiente, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 1988, p. 17).

⁶ José Afonso da Silva aponta com precisão que "A necessidade da proteção jurídica do meio-ambiente despertou a consciência ambientalista por toda parte, até com certo exagero, mas exagero produtivo, porque chamou a atenção das autoridades públicas para o problema da degradação e destruição do meio-ambiente, natural e cultural, de forma sufocante" (cf. Silva, José; Afonso da, *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1981, p. 436. grifo no original).

⁷ Hawkins, Keith, *Environment and Enforcement*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. XII.

⁸ A expressão é de José Afonso da Silva (ob. cit., p. 436).

turístico - provocaram uma alteração de rumo na visão clássica de desenvolvimento e no próprio Direito. No processo de criação de soluções para esta "situação sufocante - contexto e molde das normas legais ambientais - *duas* rupturas podem ser enxergadas.

A primeira fratura desmontou o falso antagonismo *defesa do meio ambiente x desenvolvimento*, que caracterizou originalmente o movimento ambiental. Realmente, na década de 70 - exatamente quando o Direito Ambiental recebia contornos mais precisos -, "era comum ver-se o debate sobre política ambiental ser posto em termos de crescimento econômico *versus* meio-ambiente. A idéia básica era que ou se tinha crescimento econômico - medido pelo aumento da renda per capita - *ou* se melhorava a qualidade ambiental. Qualquer composição entre os dois envolveria uma troca - mais qualidade ambiental significaria menos crescimento econômico e vice-versa".⁹

Ora, tal antagonismo mostrou-se, no decorrer dos anos 80, incorreto,¹⁰ já que as relações entre economia e meio-ambiente não têm, necessariamente, que ser conflitivas.¹¹

O segundo rompimento - diretamente relacionado com o primeiro - atuou sobre o binômio *desenvolvimento econômico x crescimento econômico a qualquer custo*. Este último parâmetro, como é notório, embora

⁹ Pearce, David, Markandya, Anil e Barbier, Edward B., *Blueprint for a Green Economy*, London, Earthscan Publications Ltd., 1989, p. 19, grifo no original.

¹⁰ Henrique E. Meier, atento administrativista venezuelano, já apontava, no limiar desta década, que havia, em verdade, um "dilema aparente entre desenvolvimento econômico e a conservação da natureza. Assim, observamos que em si o desenvolvimento econômico não é incompatível com a preservação do meio natural, sempre e quando os elementos ou recursos que integram este meio (solos, água, bosques, flora e fauna) sejam explorados racionalmente" (Cf. Meier, Henrique E., "Estúdios de Derecho y Administracion del ambiente y los Recursos Naturales Renovables", Caracas, *Ministério del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables*, 1982, p. 66, grifo no original).

¹¹ Mateo, Ramón Martín, *Tratado de Derecho Ambiental*, I/380, Madrid, Editorial Trivium, 1991.

totalmente insensível à questão ambiental, balizou, por séculos, a evolução da humanidade.

A pretensa impossibilidade de convivência entre desenvolvimento e proteção do meio-ambiente é, em verdade, incompatibilidade entre esta e crescimento econômico. Como muito bem acentua Eros Roberto Grau, "importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento",¹² deixando de fora, evidentemente, qualquer preocupação com o meio-ambiente.

Atualmente, já se fala em *ecodesenvolvimento* ou em *desenvolvimento sustentado* (ou sustentável),¹³ como síntese não apenas conveniente, mas necessária,¹⁴ entre meio-ambiente e economia. É um debate este que "tende a alterar o foco da questão, de crescimento "versus" meio-ambiente para um que se refira à *complementariedade* potencial entre crescimento e meio-ambiente".¹⁵

Rodeado de tão grande polêmica (ou dilemas), de um lado antepondo desenvolvimento x preservação do meio-ambiente, de outro, crescimento econômico x ecodesenvolvimento, é compreensível, então, que o Direito, como produto das forças sociais, voltasse seus olhos para a questão ambiental.

3. Direito Administrativo e Direito Ambiental: exportação e importação. A origem da noção de função ambiental

Presentemente, falar-se em tutela do meio-ambiente leva-nos, quase que automaticamente, ao *Direito Ambiental*, como se todos os esforços preservacionistas estivessem concentrados, com exclusividade, em

¹² Grau, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 234.

¹³ Sobre desenvolvimento sustentado, v. Mateo, Ramón Martín, ob. cit., pp. 383 e ss.

¹⁴ Mateo, Ramón Martín, ob. cit., p. 380.

¹⁵ Pearce, David, Markandya, Anil e Barbier, Edward B., ob. cit., p. 21, grifo no original.

um setor próprio e bem delimitado da Ciência do Direito. Há aí um grande equívoco. Uma coisa é dizer-se que o Direito Ambiental já adquiriu maturidade suficiente para pleitear sua *autonomia*. Outra, bem distinta, é confundir autonomia com independência, pretender exaurir a tutela ambiental nos limites do Direito Ambiental.

Essa visão (ou melhor, distorção) concentradora é, de fato, uma novidade em si mesma, não bastasse sê-la a própria idéia de um Direito Ambiental como disciplina autônoma. A *proteção da saúde*, origem do esforço de preservação ambiental, sempre foi vista como matéria a ser estudada, em um plano mais geral, pelo Direito Constitucional, e, em um plano mais específico, pelo Direito Administrativo¹⁶ e, mais recentemente, pelo Direito Sanitário e pelo Direito do Consumidor. Mesmo após vinte anos de germinação, formação e maturação do Direito Ambiental, o Direito Administrativo ainda continua a desempenhar um papel fundamental no esforço protetório do meio-ambiente.

Além de ser o Direito Ambiental¹⁷ cria do Direito Administrativo,¹⁸ são os grandes princípios deste que informam aquele. Logo, não se pode bem entender a proteção ambiental sem que se tenha uma clara percepção de certos conceitos administrativos tradicionais, especialmente os de função, notadamente a administrativa (e a partir daí, de *função ambiental*), de ato administrativo (e a partir daí, de *ato administrativo ambiental*), de discricionariedade administrativa (e a partir daí, de *discricionariedade ambiental*), de procedimento administrativo (e a partir daí, de *procedimento ambiental*) e de sanção administrativa (e a partir daí, de *sanção administrativa ambiental*).

¹⁶ Isso sem falar do Direito Civil (direitos de vizinhança, por exemplo) e do Direito Penal. Como se sabe, o Código Penal brasileiro dedica diversos tipos à proteção da saúde.

¹⁷ Ou, se preferirem, parcela fundamental do Direito Ambiental. Assim é porque temas importantes do conteúdo da nova disciplina jurídica, como a concepção renovada de responsabilidade civil, não vão encontrar sua origem e evolução no Direito Administrativo.

¹⁸ Para alguns autores, o Direito Ambiental nada mais é que uma projeção do Direito Urbanístico. Este e não o Direito Administrativo, estaria na origem da disciplina ambiental.

Por mais que se desenvolva o Direito Ambiental, por maiores que sejam os traços particulares que imprima aos seus diversos institutos, será no Direito Administrativo que se buscará a formulação original destes.

É verdade que noções administrativas arraigadas sofrem um processo de transformação no âmbito do Direito Ambiental. Veja-se, p, ex., a mutação - ainda em gestação - da licença ambiental ou mesmo da discricionariedade administrativa ambiental. Mas, ainda quando transformados, alterados ou adaptados no confronto com a realidade e as Necessidades ambientais - necessidades conectadas à proteção da própria vida - os conceitos administrativos conservam (pelo menos até o ponto ou momento em que não se transformam em obstáculos à consecução dos objetivos do Direito Ambiental).

Por isso mesmo, sé o prisma jurídico ambiental dá a dimensão final do Direito Ambiental (e do regime ambiental), é correto se afirmar, sem se esquecer outras influências, como a do Direito Civil na questão do dano ambiental, que ao Direito Administrativo compete fornecer a matriz principal sobre a qual o jurista ambiental trabalhará.

Não se busque, todavia, uma influência em mão única, partindo do Direito Administrativo na direção do Direito Ambiental. Na realidade, entre o Direito Administrativo e o Direito Ambiental há uma via de mão dupla. Um reflete sobre o outro, reciprocamente. Por conseguinte, se o nascimento do Direito Ambiental, como disciplina autônoma, representou o reconhecimento da importância especial do meio-ambiente (como função ambiental) entre os diversos valores sociais, sua formação e desenvolvimento trouxe, como refugio proveitoso, um arejamento de seu molde, do Direito Administrativo.

A dupla exportação - do Direito Administrativo para o Direito Ambiental e deste para aquele - tem lugar em razão de dois fatores principais: a) *a novidade e complexidade do tema ambiental* e b) *a*

aplicabilidade da experiência de gestão ambiental a outros setores sob custódia da Administração.

3.1 Novidade e complexidade do tema ambiental: a migração do Direito Administrativo para o Direito Ambiental

O Direito Ambiental surge como produto das dificuldades do Estado - e dos cidadãos de uma maneira geral - em enfrentar, na sociedade industrial, uma *situação nova e complexa*: a degradação ambiental. É aqui que tem início o *primeiro processo de exportação*, caracterizado pela migração de conceitos administrativos fundamentais com vistas à formação do Direito Ambiental.

De qualquer modo, o meio-ambiente, mesmo antes da década de 70, não era uma noção totalmente estranha ao Direito e, portanto, ao Estado. Conhecida, sim, mas não essencial ao funcionamento do aparelho estatal. E mais: apesar de identificada, a problemática ambiental era tratada de maneira fragmentada - nos seus diversos aspectos de preocupação sanitária, paisagística, histórica, etc.^{18-A}

A percepção jurídica do meio-ambiente, como universo próprio, é realmente, recentíssima, mais ainda no plano do exercício de uma função administrativa ambientalmente direcionada. E, além de recente, a temática ambiental é extremamente complexa, envolvendo conhecimentos multidisciplinares ou, em terminologia mais atual, trans-disciplinares, ressaltando o prefixo "trans" exatamente a idéia de transporte, de movimento de conhecimento dentro de uma mesma Ciência e entre Ciências distintas.

Novidade e complexidade, entretanto, não afastaram o Estado da tutela ambiental. É certo que a nova e complexa problemática encontrou o Estado despreparado para gerenciá-lo. Mesmo assim, face à incapacidade

^{18-A} Quando, como se sabe, é exatamente o traço da sistematização e a preocupação holística que caracterizam o ordenamento ambiental (cf. Mateo, Ramón Martín, ob. cit., p. 92).

dos particulares em solucionar, por si sós, os conflitos ambientais; , o Estado buscou adaptar-se para atuar adequadamente na proteção da qualidade ecológica. Daí que, na exata proporção da valorização crescente do meio-ambiente, mais e mais passou a ganhar destaque (até constitucional) a presença do Estado na sua tutela. O meio-ambiente, nessa evolução, deixa de ser uma simples preocupação privada - mera preocupação, sim, já que sequer era admitido como bem privado dotado de individualidade própria - e *passa a integrar uma categoria mais complexa dos chamados bens públicos.*

Teoricamente, uma Administração acostumada a lidar com o interesse público não enfrentaria maiores dificuldades no gerenciamento do interesse ambiental.

A prática demonstrou, contudo, que a novidade e complexidade do interesse ambiental são de tal monta que a Administração simplesmente não poderia cumprir adequadamente a empreitada de seu resguardo sem uma reformulação dos princípios, dos instrumentos e inclusive do regime até então utilizados na gestão do interesse público em geral.

Daí que não são poucas as vezes em que a Administração Pública, ao atuar na proteção do meio-ambiente, se defronta com a incapacidade - incompatibilidade em certos casos - de manuseio eficiente dos bens ambientais, quando se apóia apenas nos instrumentos administrativos clássicos.

3.2 A gestão ambiental influenciando a atividade do administrador: a migração do Direito Ambiental para o Direito Administrativo

Impôs-se, portanto, uma adaptação da Administração à nova realidade problemática. Ao mudar para agir com eficiência na proteção do meio-ambiente (e este é um processo ainda em curso), a Administração acabou por fazê-lo de tal maneira que findou por incorporar as novas formulações a outras áreas sob seu controle. Opera-se, em conseqüência, uma transformação da atividade administrativa como um todo, como

subproduto de sua atuação em favor do meio-ambiente. Eis aqui, por conseguinte, o *segundo processo de exportação*, só que, desta vez, ao inverso, do Direito Ambiental para o Direito Administrativo.

Já se mencionou, na melhor doutrina norte-americana, que o Direito Administrativo moderno "foi enriquecido - se não construído - através dos litígios ambientais".¹⁹ Coube, assim, pelo menos no Direito dos Estados Unidos, às ações ambientais contestar todos os óbices impostos ao reconhecimento dos valores ecológicos, desafiando e vencendo "as fundações mesmo do Direito Administrativo".²⁰ No sistema do "*civil law*", com um Direito Administrativo sedimentado, a assertiva pode parecer exagerada. Mas, como destacado acima, o estudioso não terá grandes dificuldades em localizar, dentro do Direito Administrativo continental, setores em franca transformação como consequência do desenvolvimento da função administrativa ambiental.

4. Os objetivos e conteúdo deste estudo

O nosso estudo busca, dentro de uma perspectiva ambiental, analisar, a partir de uma noção geral de função e, mais adiante, de *função estatal*, o conceito de *função administrativa* para, então, chegar ao de *função ambiental*.

Exatamente por inexistirem estudos sobre a função ambiental; seja no Direito nacional, seja no Direito estrangeiro, apresentaremos aqui uma análise preliminar da matéria. Estaremos, ao tratar da função ambiental, navegando por águas ainda não desbravadas, o que, em muito, aumenta o desafio.

¹⁹ Anderson, Frederick R. *et alii*, *Environmental Protection. Law and Policy*, Boston, Little, Brown and Company, 1984, p. XXVI. Segundo os mesmos autores, até o início da década de 70, o Direito Administrativo "oferecia perspectivas pouco acolhedoras para que, com base no argumento de desprezo ou atenção insuficiente do órgão para com os valores ambientais, se impugnasse judicialmente atos administrativos" (ob. cit., p. 74).

²⁰ Anderson, Frederick R. *et alii*, ob. cit., p. 74.

Pela via da identificação de uma *função ambiental* (não necessariamente estatal, como veremos) visa-se, fundamentalmente, somar mais um argumento para a autonomia²¹ do Direito Ambiental.

O Direito Ambiental, como de resto toda disciplina jurídica, se estrutura sob a égide de princípios e normas próprios, que, por sua vez, giram em torno de um conceito chave, de um instituto que lhes serve de centro gravitacional: a idéia de função ambiental.

Conseqüentemente, a busca teórica de uma função ambiental se insere em um contexto mais amplo de esquadramento do sistema, princípios e regime que regem o Direito Ambiental.²²

²¹ Segundo a lição, preciosa de Celso Antônio Bandeira de Mello, preceptor de uma geração inteira de publicistas de renome, "há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito" (cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Elementos de Direito Administrativo*, 1.ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1984, p. 3).

²² Isso porque, agora adaptando ao nosso tema o comentário primoroso de Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Ambiental, para ter reconhecida sua autonomia, deve ser capaz de apresentar um conjunto de "princípios que lhe são peculiares e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime" próprio: o regime jurídico-ambiental (Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Elementos...* cit., p. 3). Em palestra proferida no 1.º Encontro Ecológico e de Promotores de Justiça do Vale do Araguaia, realizado na cidade de Goiás, de 29.6. a 1.º.7.89, com apoio em Michel Prieur (*Droit de l'Environnement*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 51 e ss.), assim me manifestei: "O Direito Ambiental alicerça-se em cinco princípios básicos que informam toda sua matéria. São eles o princípio de que a tutela do meio-ambiente é de interesse público, o princípio da avaliação do meio-ambiente na tomada de decisões, o princípio da participação do cidadão, o princípio do controle do poluidor pelo poder público e, por último, o princípio do dever de indenizar. O princípio da natureza pública da proteção ambiental está na própria Constituição e na legislação ambiental. Existiria, assim, uma ordem pública ambiental, já que, segundo a norma constitucional, quanto ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", impõe-se "ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (art. 225, *caput*). O princípio da avaliação do meio-ambiente, ou seja, da determinação que se leve em conta o meio-ambiente na tomada de decisões ecologicamente significativas, melhor é representado pelo Estudo de Impacto Ambiental. Também tem, hoje, assento constitucional (art. 225, § 1º, IV). O princípio da participação do cidadão, embora não exclusivo do Direito Ambiental, implica o reconhecimento de que a tutela do meio-ambiente se faz para o cidadão e em nome dele. Logo, qualquer processo decisório com implicações ambientais significativas e realizado sem a participação do público é iter viciado. Este direito à participação tem um antecedente lógico que é o direito à informação, assegurado na nova Constituição (arts. 5.º, XXXIII, e 225, § 1.º, IV, *in fine*). É evidente que o legislador constitucional, ao conferir ao cidadão o direito à informação ambiental, impondo-lhe, ademais, o dever de proteger o meio-ambiente, pela via transversal lhe conferiu o direito de, para tal fim, participar, através de acompanhamento, das decisões que tenham impacto ecológico significativo. O legislador ordinário pode, é verdade, regram

5. Função como noção proteiforme

Talvez nenhum outro conceito científico seja mais fluido e mutável que o de função. Cada uma das Ciências - e, dentro destas, cada uma de suas disciplinas - utiliza o termo função em sentido mais ou menos distinto. O Direito, neste contexto, não é exceção.

5.1 O comportamento e sua relevância para o Direito. Do ato à atividade

O Direito não é um exercício mental irracional. Sua preocupação se dá em relação à realidade social e, nesta, especialmente agregada à idéia de *comportamento humano*. Vale dizer, a atuação do homem desperta e anima o movimento do Direito.

Entre os diversos tipos de manifestação comportamental humana o que melhor se adequa à formulação jurídica clássica é o *ato*, seja como um comportamento positivo (*ato stricto sensu*), seja como comportamento negativo (omissão).

essa participação, não lhe sendo lícito, contudo, impedi-la, direta ou indiretamente. O vocábulo participação aqui não quer dizer que o administrador deve dividir seu poder decisório com o cidadão. Em absoluto será este co-autor da decisão administrativa que permanece restrita à órbita de competência do próprio agente. Mas, ao cidadão é lícito expressar sua opinião sobre as implicações ambientais que o ato possa produzir ... O princípio do controle do poluidor pelo Poder Público diz com a necessidade de regramento e fiscalização da atividade produtiva e de desenvolvimento pelo Estado para que os danos ambientais sejam os menores possíveis. Esse princípio, entretanto, não se reduz a uma simples atividade de poder de polícia fundado na repressão de condutas desconformes com a política ambiental. De fato, um de seus aspectos mais relevantes é o da otimização do decisório administrativo, de modo a permitir - em relação a danos potenciais ao meio-ambiente - uma certa harmonização entre o interesse da coletividade e outros com ele conflitantes, sejam de origem privada, sejam oriundos do próprio Estado. É esse um trabalho mais educativo que propriamente repressivo. Usa-se, por conseguinte, na aplicação do princípio do controle do poluidor, atual ou potencial, todo um sistema de licenças, autorizações e fiscalização. Deflui expressamente da Constituição que incumbe ao Poder Público "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio-ambiente" (art. 225, § 1.º, V). Finalmente, o princípio do dever de indenizar fundamenta-se na constatação da necessidade de que os custos sociais externos do processo produtivo (danos ambientais, p. ex.) sejam internalizados pelos produtores, vale dizer, computados como custos de produção e, dessa forma, partilhados por todos. Entre esses danos estão incluídos não apenas aqueles causados à pessoa e aos bens, como aqueles outros provocados contra a própria natureza. O princípio do dever de indenizar vem previsto na nova Constituição (art. 225, § 3º, *in fine*). Cf. o texto integral da palestra em Ministério Público e proteção ao meio-ambiente, in Boletim - Órgão Informativo e Cultural da Associação Goiana do Ministério Público, n. 80, jul.-ag./89, p. 6.

Porém, ao lado dos atos, ou melhor, sobrepondo-se aos atos, é possível enxergar-se um outro tipo de comportamento, mais amplo, mais complexo e, por isso mesmo, de assimilação mais difícil a *atividade* ou *missão*. Algo que depende ou se liga à concepção de ato, mas que tal não é. Algo que transcende à expressão pontual do ato singular, porém sem dela se desvincular totalmente.²³

Será que, ao lado da idéia já bem conhecida de ato, o Direito daria relevância a uma nova categoria - mais ampla e difusa que aquela - apreendida como atividade ou missão que se expressa, em particular na proteção do meio-ambiente, numa equação de dever-poder? Esta é a primeira indagação que o nosso estudo deve enfrentar.

5.2 A atividade ou missão como noções jurídicas

Os órgãos integrantes do Estado, independentemente do regime a que estão submetidos, praticam atos isolados. Mas além destes, é muitas vezes claramente perceptível um encadeamento lógico em suas ocorrências. Todos os atos estatais se moldam, imediata ou mediatamente, em um contexto mais amplo, mais geral: é o prisma da atividade ou missão. Tanto assim que, comumente, ao se controlar um ato estatal específico, busca-se enxergar além de sua individualidade específica, isto é, além de sua anatomia isolada. É a visão de conjunto que, em tais situações, dá o veredicto final sobre a adequação de Ato.

Uma atividade ou missão, em relação à atuação do Estado, "designa uma tarefa definida pelo seu conteúdos fazer as leis, relacionar-se com os Estados vizinhos, assegurar a satisfação de uma necessidade da população, manter a ordem nas ruas, gerenciar o patrimônio, eis as missões. Uma missão define-se, pois, apenas pelo seu objeto, nele mesmo,

²³ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, *Contributo Allo Studio della Nozione di Funzione Pubblica*, II/20, Padova, CEDAM, 1974.

independentemente de todo problema de regime e, notadamente, de toda questão de atribuição a um órgão".²⁴

Em tais hipóteses, quando está em questão um traçado comportamental complexo, há atos, mas não é sua individualidade isolada que lhe confere importância. Observa-se, então, que o ato, captado panoramicamente, deixa de ser ponto isolado e se transforma, assim, em traçado.

A atividade (ou missão) - como conceito isolado - é relevante para o Direito? Uma resposta apressada à questão, com forte influência privatística, tenderia a lhe negar qualquer relevo jurídico, reconhecendo apenas o ato como valioso para o jurista e para o legislador.²⁵

Um segundo modo de divisar a indagação optaria por afirmar a importância da atividade, restringindo-a, porém, à esfera do Direito Público,²⁶ excluindo-se, por conseguinte, a do Direito Privado.²⁷ Ou seja, a atividade ou missão teria um valor jurídico apenas quando estivesse inserida em um contexto de Direito Público.

Por derradeiro, uma terceira corrente, a que nos parece mais correta, defenderia que, tanto no Direito Privado, como no Direito Público, a atividade ou missão pode assumir relevo jurídico, desde que a norma lhe conceda um título especial: a qualidade de *função*. Como consequência, os atos - não mais vistos individualmente, mas como globalidade - passariam a

²⁴ Bénait, Francis-Paul, *Le Droit Administratif Français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 39.

²⁵ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, *ob. cit.*, 1/242.

²⁶ Entendido como "sistema de normas dirigidas a regular o fenômeno estatal a que o ordenamento dá lugar, ou seja, à própria pessoa estatal, ao exercício de seus poderes e funções e às relações que deste exercício derivam" (Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 5).

²⁷ Ou seja, "sistema de normas encaminhadas a disciplinar os particulares que integram o complexo social ao qual o ordenamento estatal se refere, assim como a regular as relações que entre aqueles se originam por sua própria vontade" (Alessi, Renato, *ob. cit.*, p. 5).

ter relevância. É esta *globalização* dos atos que leva certos autores a identificar, sob o plano formal, função e procedimento.²⁸

Logo, uma atividade ou missão, para receber a atenção do Direito, submete-se antes a um processo de *funcionalização*. E é a aspiração de *controle* (e também de eficiência) que faz com que uma atividade seja funcionalizada.

O Direito não mais se contenta com o controle do ato isolado e exige o seu aferimento de maneira globalizada, descortinado como atividade ou missão. O controlador (seja qual for) cobra do controlado o modo como desempenhou sua função,²⁹ observando não apenas a forma e conteúdo de cada ato isolado mas, ao revés, atentando também para a realidade da integralidade dos atos praticados, ou seja, a perspectiva da atividade ou da missão. A função, dentro desta análise, ganha contornos próprios em decorrência da relevância que é emprestada à atividade como entidade global e autônoma em relação ao ato que é sua manifestação.³⁰

Assim, a função, como atividade ou missão com qualidade de autonomia e globalidade, tende, exatamente em decorrência dessas suas características, a buscar - quando não a exigir - um regime jurídico diverso (ou pelo menos próprio) daquele do ato isolado e singular.

Daí que a atividade, para servir de base ao conceito de função, seria um conjunto de atos ao qual o ordenamento atribui relevância jurídica no seu próprio complexo.³¹ A atividade ou missão seria, então, uma entidade abstrata manifestada através de atos isolados. Só que a sua relevância jurídica depende não apenas do conteúdo dos seus atos mas também da qualidade jurídica do seu titular.

²⁸ Bortolotti, Dario, *Attività reparatoria e Funzione Amministrativa*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1984, p. 22.

²⁹ Giannin Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, 1.º/438440, Milano, Dott. A. Giuffrè 1970.

³⁰ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/241.

³¹ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/242.

Por conseguinte, em relação à importância da atividade para o Direito, não existe, como regra uma categoria única e abstrata — um modelo - de *atividade relevante*. Muito ao contrário, o certo é fazer-se referência a *uma atividade relevante*, vale dizer, à atividade de uma figura subjetiva determinada.³²

Em conseqüência temos que uma mesma atividade pode ser relevante ou não dependendo do sujeito a quem é atribuída. É o caso da tutela. Como melhor se verá em seguida, o Direito de Família, em sede privada, é o reduto por excelência da concessão de relevância jurídica a certas atividades.

A tutela ocupa, entre todas estas atividades privadas funcionalizadas, lugar de destaque. Sua relevância vem, de regra, atada ao conceito de *munus*, que nada mais é que a visualização da atividade de uma maneira global e autônoma em relação aos atos que a compõem. Só que o *munus* da tutela não é qualidade que afeta todo e qualquer sujeito, agregando-se unicamente ao tutor. Apenas para este, portanto, a atividade ganha relevância, ou seja, é funcionalizada, e transforma-se em dever-poder.

Portanto, a tutela nos dá uma clara mostra de que a relevância da atividade - na maioria das hipóteses - não é aferida apenas por um critério meramente objetivo, análise de seu conteúdo necessitando, em acréscimo, de considerações de ordem subjetiva.

De modo diverso, como adiante se mostrará, atividades há que são funcionalizadas (ganham relevância jurídica) em relação a todos os indivíduos. É a hipótese da atividade de preservação do meio-ambiente que, nos termos da Constituição brasileira de 1988, é dever-poder de todo e qualquer cidadão.

³² Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/251.

De qualquer modo, a relevância ou não de uma atividade e, por conseqüência, o reconhecimento de uma função, depende sempre da estipulação, direta ou indireta do Direito Positivo. Não há função jurídica por gestação natural ou por predisposição. Só a manifestação legal está apta a lhe dar tal qualidade.

6. O desenvolvimento histórico do conceito de função

E na antiguidade clássica que se deve buscar a origem da noção de função.³³ Aristóteles, em sua *Política*, já dava os rudimentos do conceito. Entre os romanos, a função aparece em uma perspectiva mais específica, não mais em relação à soberania do Estado (função soberana), porém como manifestação de uma atividade do ofício relativa à tutela de interesses alheios, vale dizer, como atuação do *officium*. A partir daí se desenvolve a pesquisa na tentativa de se identificar, entre as diversas funções, uma função pública.³⁴

A obra de Montesquieu deu novo impulso ao conceito, embora o *Esprit des Lois* em nenhum momento fale em função, limitando sua análise a dois outros núcleos: *pouvoirs e puissances*. A Constituição francesa de 1793 refere-se, expressamente, à *jonctions publiques*, afirmando que a garantia social "ne peut exister, si les limites des *fonctions publiques* ne sont pas clairement determines, par la loi et si la responsabilité des fonctionnaires n'est pas assurée".³⁵

Não obstante o emprego esporádico e incerto do conceito de função, a utilização do termo, dentro de uma perspectiva estritamente

³³ Tome-se a afirmação com as devidas cautelas. A verdade é que, como sucede com a maioria dos institutos jurídicos, é incerta a origem da noção de função. De concreto, sabe-se que, como idéia, embora largamente utilizada na Alemanha e na Itália, não é invenção nem da doutrina alemã, nem da doutrina italiana. Como mostraremos, surge - de maneira rudimentar é verdade - com os gregos e romanos, só bem posteriormente ganhando maior destaque na formulação dogmática dos pandectistas (cf. Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., U/4).

³⁴ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., II/8-9.

³⁵ Art. 24, grifo nosso.

jurídica, só vem a ocorrer bem mais tarde através dos trabalhos dos pandectistas alemães, a partir da segunda metade do séc. XIX.

A doutrina alemã passa, então, a fazer uso constante do vocábulo através do aperfeiçoamento da noção de Estado de Direito ("*Rechtsstaat*" ou "*État de droit*"). É aí que se estrutura o conceito de "*Rechtsfunktionen*". Tal ocorre, evidentemente, sob a égide da doutrina francesa da divisão dos poderes, fundada em Montesquieu, ou como se queira, da divisão da função estatal, tendendo-se, em tais casos, a se identificar função com atividade.³⁶

É interessante observar que, paralelamente ao fortalecimento da concepção de "*Rechtsfunktionen*" no Direito alemão, o Direito francês deixa de lado o sentido original da expressão "*fonction publique*" e "*fonction juridique*", passando a utilizá-las muito mais na descrição dos serviços públicos do que propriamente na caracterização da atividade mais ampla do Estado. O Direito italiano, finalmente, conjuga a doutrina alemã com a de origem francesa, apresentando-se, pelo menos nesta matéria, muito mais influenciado por aquela do que por esta.

7. As diversas acepções do termo função

O vocábulo função não tem um único sentido semântico. Mesmo no Direito, é comum encontrá-lo com mais de um significado. Em doutrina já se alertou para "extrema relatividade" de seu conceito.³⁷ Além de seu significado vulgar, pode-se identificar tantos outros diversas ciências.

A biologia,³⁸ a matemática,³⁹ a química⁴⁰ e outras ciências têm entendimentos distintos para o termo função.

³⁶ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 11/10-11 e 221.

³⁷ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., H/4.

³⁸ "A ação própria ou natural de um órgão".

³⁹ "A correspondência entre dois ou mais conjuntos".

⁴⁰ "O agrupamento de átomos que atribui a uma classe de substâncias, em cujas moléculas se localiza, um comportamento químico específico e mais ou menos uniforme".

Em linguagem vulgar, a expressão é empregada com o sentido de utilidade, uso, serventia.⁴¹ Com esta mesma conotação o termo também tem sido empregado pelo Direito.⁴² Este é o prisma adotado até pela Constituição brasileira de 1988 quando fala em "função social da propriedade".⁴³ Busca-se, com sua aplicação neste sentido, ressaltar a idéia de "finalidade" e de "papel" a ser desempenhado pela coisa ou instituto. Trata-se, evidentemente, apesar de sua incorporação e aceitação no sistema positivo, de significado juridicamente defeituoso. Em outras ciências - que não o Direito - seu uso é perfeitamente admissível.⁴⁴

Nenhuma dessas noções tem a ver com o significado original de função (mantido pelo Direito Administrativo), qual seja o de "atividade relevante pela sua globalidade".

Todavia, mesmo quando aplicado em sentido próprio pelo Direito Administrativo, o vocábulo função se mostra sujeito à alteração, não especificamente de conteúdo, mas de extensão. Fala-se, então, em função disciplinar, em função normativa e em função ambiental.

A doutrina francesa, por sua vez, distingue entre "*fonction-objet*" e "*fonction-but*". O Direito italiano, a seu turno, refere-se a uma "*funzione-ufficio*", indicativa da atividade de um ofício,⁴⁵ a uma "*funzione-compito*" e a uma "*funzione-scopo*".⁴⁶

8. O conceito jurídico de função

Ao estudar a noção jurídica de função, a primeira constatação do jurista tem a ver com a incerteza que ainda paira sobre o tema. Incerteza

⁴¹ "Esta caixa não tem função", segundo o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira.

⁴² Função da empresa, função da sociedade, etc.

⁴³ Art. 170, III.

⁴⁴ Giannini, Massimo Severo, *Diritto... cit.*, vol. cit., p. 441.

⁴⁵ *Uffici* caracterizar-se-ia por ser a posição estável para o exercício de uma determinada função, de regra conectada à idéia de *munus*. (Cf. Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/348).

⁴⁶ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/230-231.

essa que decorre especialmente das influências que os inúmeros conceitos extrajurídicos exercem sobre a formulação propriamente jurídica do termo.

8.1 A distinção entre direito subjetivo e "potestas"

Uma perfeita inteligência do que seja função - em sentido jurídico - depende da distinção entre *exercício de poder e exercício de direito*. A função jurídica relaciona-se, de modo bem próximo, com a idéia de exercício de poder.

Poder, como se sabe, é o *genus* que compreende: poder em sentido técnico (ou restrito) e direito subjetivo. O poder, em sentido técnico ("*potestas*"), seria o meio através do qual um determinado sujeito cumpre uma função que lhe compete em decorrência de um certo ofício, público (o do Magistrado ou do Ministério Público, p. ex.) ou privado (o do tutor, p. ex.). Normalmente, a noção de poder se completa com a de dever.⁴⁷

O poder teria, portanto, um caráter instrumental, sendo unicamente um meio destinado à realização de um fim específico, apresentando, como seu antecedente, um dever, com verdadeira qualidade de "prius". A função - tendo por base um ofício ou "múnus" - seria a força motora entre estes dois dados complementares: o dever e o poder.

8.2 As dificuldades na conceituação jurídica de função

O conceito de função pode ser alcançado a partir de sua etimologia: "provém de "*fungere*" que significa fazer, cumprir, exercitar, que a sua vez deriva de "*finire*", pois que dentro do campo das relações jurídicas, de qualquer classe que elas sejam, a função significará toda atuação por razão de um fim jurídico em sua esfera dupla de privada e pública".⁴⁸

⁴⁷ Pugliatt, Salvatore, *Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1935, p. 23.

⁴⁸ Pozas, José Pablo de la Herrán de las, *Derecho Notarial*, Madrid, Editorial Aguilar 1946, p. 20. *Apud* Rojas, Andres Serra, *Derecho Administrativo*, 4.^a ed., México, Libreria de Manuel Porrúa, 1968, p. 112.

A expressão vem do "latim *functione*"(m), que se prende à mesma raiz do verbo deponente "*jungor*", "*eris*", "*functus sum*", "*jungi*", temos a forma portuguesa função. O sentido de "*fungi*" é executar, cumprir, desempenhar. O sentido de "*functio*" é *executar, cumprimentar, desempenhar*. Os latinos empregavam o vocábulo na mesma acepção que hoje lhe damos".⁴⁹

Juristas de escol apontam dificuldades em se chegar a um conceito jurídico universal de função.⁵⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello ensina, em um desses lampejos de felicidade que lhe são tão peculiares, "que a palavra função, em Direito, tem sido usada em mais de um sentido, mas há, para ela, uma acepção, um sentido nuclear, que, mais que outros, merece ser explorado. *Existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à contra de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio*".⁵¹ E conclui dizendo que "Tem-se função em direito quando o exercício de um poder corresponde ao desempenho de um dever:

⁴⁹ Cretella Júnior, José, *Natureza Jurídica da Função Pública*, São Paulo, Saraiva, 1953, pp. 17-18, grifos no original.

⁵⁰ Em sede de Direito Público, o conceito de função pode ser alcançado pela via de uma visão ideal ou por intermédio de uma visão científica. Aquela se baseia numa concepção futurística do que deve ser o regime político ideal. Mostra-se como uma obra do espírito, não propriamente como uma obra científica. É a formulação original de Montesquieu e de seus seguidores. Já a conceituação científica, diversamente, firma-se na análise do Direito Positivo, em um dado momento. Importa-lhe, portanto, a verificação objetiva das situações concretas consagradas pelo Direito posto. Por isso mesmo, diz-se que "a noção de função não tem valor científico a não ser na medida em que exprima as realidades do Direito Positivo" (Bénoit, Francis-Paul, ob. cit., p. 36).

Na melhor doutrina francesa, a idéia de função está conectada à de missão, só que de missão como "categorias homogêneas" (Bénoit, Francis-Paul, ob. cit., p. 27). Uma função seria, então, "uma categoria de missões constituintes de um todo homogêneo" (Bénoit, Francis-Paul, ob. cit., p. 32). Teria na homogeneidade seu traço marcante. Em síntese: "A função, no sentido científico do termo, é, portanto, uma categoria de missões que compõem um conjunto homogêneo por seu regime, e notadamente levando-se em consideração sua atribuição a um órgão determinado, elemento essencial deste regime. A análise científica das funções deve, assim, ter por objetivo exprimir globalmente o conjunto indissociável que constitui o órgão e as missões que assume" (Bénoit, Francis-Paul, ob. cit., p. 40).

⁵¹ Bandeira de Mello, Celso Antônio, "Desvio de poder", in *RDP* 89/26, jan.-mar./89, grifos no original.

o de implementar no interesse de outrem uma finalidade preestabelecida pela regra de direito".⁵²

Em princípio, como formulação jurídica, é função toda *atividade* (como conjunto de atos finalisticamente orientados) exercida no interesse geral ou no interesse alheio. Compõe-se, em síntese, de uma missão. Pressupõe sempre a idéia de *ofício*, público ou privado, que é sua base concreta.

A função é, assim, um conceito dinâmico que exprime a movimentação interna do ofício no sentido de tutelar interesse público ou privado alheio.⁵³ A função opera no mundo externo, transformando a energia potencial em energia cinética, como expressão de um dever-poder.⁵⁴

Para nós, enfim, *função seria a atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder.*

9. Características essenciais da função

Como que se depararia o jurista ao fazer a dissecção da função, como instituto jurídico? Em outras palavras, quais seriam as características essenciais da função?

⁵² Bandeira de Mello, Celso Antônio, "Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo", in *RDP* 9/60, abr.jun./89.

⁵³ Em síntese, segundo lição abalizada, função seria, no plano da teoria geral do direito; "'l'attività di una figura soggettiva volta alla cura di un interesse alieno, che ha come elementi tipicizzanti la rilevanza nei confronti di un'altra figura soggettiva, nella sua globalità, e normalmente, la presenza di una potestà, attribuita al titolare della funzione relativa. Attività che si esprime nella forma del procedimento" (Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., j/400). Ou, em outras palavras, 'l'attività di una figura soggettiva volta alla cura di interesse alieno, che ha come elementi tipicizzati la rilevanza, nella globalità, nei confronti di un'altra figura, soggettiva, e normalmente, la presenza di una potestà attribuita al titolare della funzione relativa. Attività che si esprime nella forma del procedimento e che è necessariamente collegata ad un ufficio (rectius: centro di riferimento)" (Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 11/21).

⁵⁴ É a lição de Pugliatti; v. Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/193-194. Seguimos, aqui, os passos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que enxerga a equação poder-dever como sendo, em verdade, dever-poder. Para nós, não se trata de simples inversão de efeito. Pressupõe-se uma percepção democrática do exercício do poder, não mais como fim em si mesmo, mas estritamente tolhido pelas fronteiras do dever. Em outras palavras, o fim é o dever, sendo o poder mero instrumento para a realização do que é devido. O dever é o porto; o poder, o transporte.

Decompondo-se o nosso conceito acima enunciado, é de se concluir que *três* são as características essenciais da função, seja ela privada, seja pública: a) é uma atividade, b) exercida como dever-poder e c) em favor de terceiro.

Como já se fez referência, a atividade é qualificada pelo seu traço *finalístico* (a função não é um fim em si mesmo, apresentando-se, ao revés, como simples instrumento da finalidade que lhe impõe o Direito Positivo, ou seja, é finalisticamente dirigida), pela sua *relevância global* (isto é, do primeiro ao último ato, até a consecução do resultado esperado) e pela sua estrutura *homogeneizada* (vale dizer, com um regime jurídico unificado).

Por outro lado, em cada função ocorre a manifestação de um dever-poder (ofício, "*munus*" ou "*potestas*"), assim imposto em razão da importância social do bem jurídico protegido. Finalmente, o dever-poder é exercido em *proveito de terceiro* (mesmo que indiretamente beneficie o titular do "*munus*").

9.1 O caráter finalístico, homogêneo e de relevância global da atividade

A função não tem uma realidade estática. Existe enquanto entidade dirigida a um objetivo específico. É de sua natureza a *atuação cinemática*. Mas a função não é apenas movimento. É movimento orientado, *finalisticamente produzido*. É, pois, veículo, sim, porém veículo impulsionado, com destino certo.⁵⁵

Ao lado da característica finalística, a função tem uma *qualidade de globalidade* e outra de *homogeneidade*.

Os atos individuais que a compõem - embora mantendo sua realidade própria - só são importantes na medida em que servem para a apreciação do conjunto funcional.

⁵⁵ É neste sentido que se diz que o Estado exerce função porque ele age com vistas ao resguardo do interesse público (o objetivo), assim como o tutor comporta-se funcionalmente porque persegue a tutela do interesse maior do tutelado (o objetivo).

Ninguém indaga a respeito da legitimidade de um ato inserido no contexto funcional com a preocupação única e exclusiva de examiná-lo como objeto que se basta a si mesmo. Só a visão de globalidade - não pontual, portanto - justifica tal esforço.

É o ato visto em si mesmo mas como antecedentes ou conseqüente de outros atos igualmente importantes. Em termos de geometria, a função estaria, então, mais para a reta do que para o ponto, ou, em outras palavras, mais para o globo do que para os continentes. É o matiz da globalidade presente em toda função.

Só que a reta não pode estar submetida a forças múltiplas. Sobre ela deve agir apenas uma força - um único regime jurídico. É o critério da homogeneidade estrutural da função. Assim, só o regime jurídico da curatela delimita o comportamento do curador. Do mesmo modo, o tutor tem por parâmetro único o sistema instituído pela tutela. No mesmo sentido, a preservação do não ambiente, como função, respeita - abstraídos aqui considerações outras - apenas um regime jurídico: o ambiental.

9.2 A função como um dever-poder

No exercício de uma função o sujeito faz uso de um poder porque, anteriormente, lhe é imposto um dever. Logo, na função, a equação correia não se apresenta como poder-dever, mas sim como dever-poder, de vez que este é secundário em relação àquele que é primário. É o dever que determina e legitima o poder, justificando-se este apenas na medida da necessidade daquele.⁵⁶

⁵⁶ Francesco Carnelutti vislumbra potestas em que não há uma obrigação de exercício, ou seja, função em que a equação não é bipolar, com um dever e um poder simultâneos. Conforme suas palavras, "Há, portanto, potestates livres e potestates obrigatórias, e, entre estas últimas, algumas cujo exercício é obrigatório na medida em que depende de um direito de outrem. Tipicamente livre é a pátria potestas, já que se considera que a affectio do pai constitui um estímulo suficiente para reformar o estímulo genérico constituído pelo interesse público à boa educação dos menores. Livre é também, em princípio, a potestas legislativa, já que identicamente se supõe que as garantias fornecidas pela escolha das pessoas às quais é atribuída excluem o perigo de uma deficiente sensibilidade ao interesse público. Tipicamente obrigatória é, por seu turno, a potestas judiciária". Como

Na função, em tal concepção moderna, *o poder deixa de ser senhor e transmuda-se em vassalo do dever*. Daí que, em precisão técnica absoluta, o correto é vislumbrar-se na função o somatório de uma atividade e de uma missão: esta significando o dever e aquela, o exercício do poder. Caberia, então, à missão (dever) a determinação do conteúdo, direcionamento e extensão da atividade (poder). A missão seria a camisa de força que limitaria a atividade.⁵⁷ É a instrumentalidade do poder em relação ao dever.⁵⁸

Em síntese, segundo doutrina autorizada, em havendo função, a seqüência é a seguinte: o ofício impõe ao sujeito *re ipsa* o dever de cumprir a missão específica que constitui seu fundamento; o cumprimento de tal atribuição concretiza-se pelo exercício do poder criado para tal fim e conferido ao sujeito titular do ofício.⁵⁹ Por conseguinte, o dever é um *prius* em relação ao poder.⁶⁰

9.3 A tutela do interesse alheio

deflui da lição do grande mestre, não é que nas potestades livres não exista dever: simplesmente o dever está implícito na própria concessão do poder (Carnelutti, Francesco, Teoria Geral do Direito, trad. de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, São Paulo Livraria Acadêmica, 1942, 1/260).

⁵⁷ Pelo reconhecimento do traço de dever no exercício da função, v. Bortolotti, Dario, ob. cit., p. 17.

⁵⁸ Neste sentido, a preleção valiosa de Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "A idéia de função - e, pois, a idéia de função administrativa - reclama do intérprete a inteligência de que o sujeito que a exerce recebeu da ordem jurídica um dever: o dever de alcançar certa finalidade preestabelecida de tal sorte que os poderes que lhe assistem foram-lhe deferidos para serem manejados instrumentalmente, isto é, como meios reputados aptos para atender à finalidade que lhes justificou a outorga. Donde, o poder, em casos que tais - e assim é irrestritamente no Direito Público - tem caráter apenas instrumental. Ele não se constitui, se assim nos podemos exprimir, em um bem em si mesmo, pois o bem (sagrado na ordem jurídica) é a finalidade estampada na lei. A valia do poder, a utilidade e o sentido dele, resumem-se em consistir em instrumento insuprimível, sem o qual o agente administrativo não teria como desincumbir-se desse dever posto a seu cargo: dever de concretizar a finalidade legal, isto é, dever de dar satisfação a um interesse de terceiro, a um interesse alheio" (Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Desvio...* cit., p. 26).

⁵⁹ Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione...* cit., pp. 23-24.

⁶⁰ É lapidar a palavra de Pugliatti: o dever é o elemento essencial do poder, já que "esso infatti è il momento dinâmico che collega l'interesse (alieno) all'attività del soggetto, che della cura di tale interesse è investito. Senza il momento del dovere non vi sarebbe contatto tra il potere attribuito al soggetto e l'interesse non appartenente ad esso; il dovere invece, incatenando potere e interesse, trasforma questo in interesse a cui è legata l'attività del soggetto, e quello in potere, che è próprio del soggetto, in virtù dell'obbligo di realizzare l'interesse" (Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione...* cit., p. 75, grifamos no original).

Toda função implica em gasto de energia própria para benefício de outrem. Contudo, não há nela simples representação do interesse alheio. Entre a representação convencional e o exercício funcional só há um elemento comum: ambos atuam em favor de interesse alheio. O titular da função age, ao revés do representante convencional, em nome próprio e em cumprimento de um dever igualmente próprio. O representante convencional atua em nome de outro e exercita o direito do representado.⁶¹

É a relevância social atribuída ao bem jurídico tutelado (o meio-ambiente, p. ex.) que cria a obrigatoriedade do exercício da atividade.

Não se veja, entretanto, no atuar compulsório em favor de terceiro, qualquer ranço de injustiça. É que a atividade, direta ou indiretamente, acaba por beneficiar igualmente o titular do *munus*. Proteger o meio-ambiente, por exemplo, significa tutelar, a um só tempo, a coletividade e o próprio sujeito da obrigação funcional.

10. Função privada e função pública

A noção de função, assim como a de ofício,⁶² não se limita ao Direito Público, já que também é usada, no Direito Privado, não obstante seja mais comum naquele.

Tampouco é uma noção de Direito Administrativo. Pertence, em verdade, à Teoria Geral do Direito e, a partir desta, espalha-se pelas diversas disciplinas jurídicas.⁶³

⁶¹ Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione...* cit., p. 27.

⁶² Pugliatti, Salvatore, *Esecuzione...* cit., p. 27.

⁶³ É sempre bom repisar a não exclusividade da noção de função. Nenhum dos dois grandes ramos do Direito é titular único do instituto. Paira, realmente, acima deles. De qualquer modo, não se imagine que o conceito assuma um status universal. Veja-se o caso dos Direitos norte-americano e inglês, onde a idéia de função, pelo menos como a moldamos, é absolutamente desconhecida. Sequer tem o conceito de função aplicação uniforme nos diversos países europeus. Basta que se lembre a sua compreensão diversificada no sistema germânico e no sistema francês. Tais fatos, por si só, já bastam para lhe dar uma dimensão de grande relatividade, dependente sempre da realidade histórico-social em que se manifesta (Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., II/4-6). E, mais que tudo, como já referimos do traçado determinado pelo Direito Positivo vigente. É esta também a opinião abalizada de Carlos Ari Sundfeld para quem o balizamento

No Direito Privado basta citar, como exemplos de função, a tutela, a curatela, a execução testamentária,⁶⁴ o comando de navio,⁶⁵ a administração das fundações de Direito Privado,⁶⁶ e as atribuições de síndico na massa falida.⁶⁷ Por isso mesmo, é lícito falar-se em função privada e em função pública,⁶⁸ como duas espécies diversas de um mesmo gênero.⁶⁹

Não há distinção ontológica entre as funções privadas (ou de Direito Privado) e as funções públicas (ou de Direito Público). O que existe é diferença de disciplina normativa, de vez que o objeto de uma é distinto do da outra.⁷⁰ Ademais, afeiçoado o sistema privado ao cânon da autonomia da vontade, não é de surpreender que a teoria da função se manifeste, no plano do Direito Privado, com um olho naquele e outro no interesse público.

Uma primeira possibilidade de distinção seria afirmar-se que as funções públicas teriam por objeto interesses públicos - daí sua disciplina sob o manto da autoridade -, enquanto que as funções privadas teriam como objeto interesses privados - daí sua disciplina sob o manto da paridade.

das diversas funções, estatais ou não, recepcionadas pelo ordenamento há que ser buscado no próprio Direito posto, de vez que, em se fazendo "um estudo jurídico, baseado no direito positivo vigente, os critérios não de brotar dele. Nenhuma utilidade tem uma distinção se não servir à compreensão do direito posto. Logo, a identificação de várias funções deve ser feita em atenção à existência de um diverso regime jurídico sob o qual são exercidas" (Sundfeld, Carlos Ari, "Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados", in RDP 18/126, 1985.

⁶⁴ Venchi, Maria Adelaide Carnevale. ob. cit., 1/244.

⁶⁵ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/328-333.

⁶⁶ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/335.

⁶⁷ Venchi, Maria Adelaide Carnevale. ob. cit., 1/357.

⁶⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, com luminosa percuciência, assinala exatamente tal aspecto: "também no Direito Privado existe função, conquanto seja muito mais rara, exatamente porque no Direito Privado rege sobranceira a ideia da autonomia da vontade. Daí remanecer-lhe espaço pequeno, restrito e alguns institutos. De revés, como no Direito Público a idéia reitora é a de finalidade, nele é que a função exerce papel dominante. Sem embargo, no Direito Privado, toda vez que se põe em pauta instituto submisso à tônica; de função, ninguém hesita em sacar as interpretações conseqüentes e apropriadas. Quando são examinadas a tutela, a curatela ou o pátrio poder, a ninguém acudirá interpretar problemas surgidos ao propósito desta temática privilegiando os poderes do tutor, curador ou pai, ao invés de tomar em conta, acima de tudo, os interesses do tutelado, curatelado ou filho. Corretamente, todos entenderiam que os poderes que calham aos exercentes das funções em causa lhe assistem para a proteção dos interesses dos representados ou assistidos" (Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Desvio...* cit., pp. 26-27).

⁶⁹ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/240.

⁷⁰ Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/401.

Em outras palavras: a função privada, como ofício privado, seria constituída para a tutela de interesse privado que a comunidade jurídica não pode descuidar; diversamente, a função pública, como ofício público, seria constituída pela atuação - imediata - de um interesse público.⁷¹

Não é o interesse público, por certo, o melhor critério para a distinção entre as funções públicas e as privadas, já que entre o interesse privado e o interesse público jamais pode haver paridade: O que há é supremacia deste sobre aquele. Além disso, as funções privadas, como: se sabe, também têm um largo conteúdo público.

Uma segunda tentativa de distinção poderia partir da qualidade autoritária encontrada no modo de exercício da função pública. Não convence tampouco. Toda função decorre da concessão de um poder que é atribuído autoritariamente em razão de um dever. Inexiste função dotada unicamente de cedência, deixando-se seu exercício - ou não - ao talante do titular do *munus*. Tal vale tanto para as funções públicas, como para as privadas.

Finalmente, em uma terceira perspectiva, outros autores preferem ver na *localização subjetiva* da função o dado essencial para a sua caracterização como pública ou privada:⁷² "Designa-se usualmente pelo vocábulo *função* qualquer atividade exercida por um órgão para a consecução de um fim. Se o fim que tem em vista diz respeito aos interesses de uma coletividade, diz-se *pública* a função".⁷³

Parece que, não sendo possível uma rígida diferenciação substantiva (de conteúdo) entre função pública e função privada, o melhor critério seria o subjetivo. Só que, em vez de se ter em conta o ângulo do beneficiário, o melhor é se buscar o prisma do titular do *munus*: quando

⁷¹ Pugliatt, Salvatore, *Esecuzione...* cit., p. 45.

⁷² Venchi, Maria Adelaide Carnevale, ob. cit., 1/27.

⁷³ Cretella Júnior, José, *Natureza...* cit., pp. 17-18, grifos no original.

estatal, presente está a função pública; quando privado, presente está a função privada.

Havendo - como afirmamos - funções públicas e funções privadas, manifestar-se-iam as diversas funções sempre do mesmo modo? Ou, ao revés, seria possível a identificação, conforme a forma e conteúdo da atividade funcionalizada, espécies diferenciadas dos gêneros função pública e função privada? Tal indagação, no que tange à função pública, só permite uma resposta adequada através da anatomia - mesmo que superficial e rápida - do próprio Estado, titular por excelência de seu exercício.

11. As diversas funções estatais

O Estado, como já referido, é titular de um grandioso "*munus*": a proteção e promoção do interesse público.

Através da função estatal (meio) chega-se ao resguardo do interesse público (fim). Função estatal e interesse público, portanto, são noções inseparáveis.

Se é certo que o interesse público orienta todo o exercício de função pelo Estado, também é verdade que a atuação estatal encontra-se submetida a diversos tipos de moldura, isto é, responde a regimes jurídicos distintos. Daí que, ao lado de um gênero extremamente amplo, vagamente denominado *função pública*, identificamos subespécies e, entre estas, categorias ainda menores de manifestação funcional pelo Estado.

11.1 O Estado e a divisão de suas funções

Ninguém põe em dúvida que o Estado moderno - assim como o da antigüidade - exerce múltiplas tarefas que vão da produção de leis e normas para o regramento do grupo social ao julgamento dos litígios decorrentes de interesses conflitantes; que vão da manutenção da ordem pública, inclusive com a defesa contra os inimigos externos, à prestação de serviços básicos como saúde, habitação, transporte e educação.

Missões tão distintas e em tão grande número, todas amarradas a um único sujeito! A dificuldade maior, contudo, não está na identificação das inúmeras funções exercidas pelo Estado, mas sim na sua classificação dentro de um sistema que melhor permita sua compreensão e disciplina. Os critérios são os mais diversos, sempre, contudo, diretamente dependentes da análise do Direito positivo.

O nosso intuito aqui não é investigar, em profundidade, as diversas funções do Estado. Como já mencionamos em nossa introdução, o nosso objetivo último é, através da decomposição das funções estatais, chegar à função administrativa e, a partir dela, à função administrativa ambiental.⁷⁴

Seria possível, então, neste emaranhado de missões, identificarmos, claramente, funções estatais diferenciadas? É o que se verá através da análise do poder estatal e da anatomia de suas funções.

11.2 A visão tricotômica clássica

A partir de Montesquieu, a pregação em favor da fragmentação do poder estatal firmou-se, tanto na Ciência Política, como na Ciência do Direito. A idéia de que um poder dividido é um poder mais democrático (ou pelo menos com menor inclinação para o despotismo) é tida hoje como uma, verdade imutável.

Daí que, embora sendo o poder estatal um ente único, suas funções podem ser separadas, com isso moldando-se uma função legislativa, uma *função jurisdicional* e uma *função administrativa*. É a trindade a que se referia o clássico Otto Mayer.⁷⁵

⁷⁴ Neste sentido, é extremamente acertada a opinião de Carlos Ari Sundfeld para quem, na identificação da função administrativa, "é preciso efetuar uma classificação do todo da atividade estatal, da qual a administrativa não é senão uma parcela, homogeneizada por caracteres próprios" (Sundfeld, Carlos Ari, art. cit., p. 126).

⁷⁵ Mayer. Otto, Le Droit Administratif Allemand, 1/2..

A cada uma dessas funções corresponderia, em princípio, um tipo distinto de; órgão: os órgãos legislativos para o exercício da função legislativa, os órgãos judiciais para o exercício da função jurisdicional e, finalmente, os órgãos administrativos para o exercício da função administrativa. Historicamente, as três funções, antes congregadas em uma só (formando o governo), foram se destacando gradativamente. Em outras palavras: no princípio tudo era governo.

Primeiro desmembrou-se a função jurisdicional, tendo início a distinção entre "os assuntos de governo e os assuntos de justiça". Em seguida, "com a formação do novo Direito Constitucional", toma corpo próprio a função legislativa. Finalmente, destaca-se a função administrativa.⁷⁶

Estivessem as diversas esferas de atuação do Estado tão cristalinamente delimitadas, não haveria maiores dificuldades na identificação do conteúdo das diversas funções. Ao revés, os problemas são muitos, de vez que "cada órgão não se limita unicamente à função que, lhe corresponde e, portanto, a separação de funções, quanto à atribuição destas a órgãos diferenciados, se realiza tão só imperfeitamente. Daí também a dificuldade de encontrar a noção que identifique plenamente cada uma das funções estatais".⁷⁷

A noção de funções do Estado está conectada àquela de fins do Estado. Estes seriam as metas, os objetivos e os propósitos que orientam o Estado. Aquelas, diversamente, são os meios que permitem ao Estado alcançar os seus fins.⁷⁸

O Estado não divide seus fins, mas, para bem cumprir estes, fragmenta suas funções. As diversas funções estatais, em relação aos fins do

⁷⁶ Mayer, Otto, ob. cit., pp. 2-3.

⁷⁷ Gordillo, Agustín, *Princípios Gerais de Direito Público*, trad. de Marco Aurélio Greco. São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 110.

⁷⁸ Rojas, Andres Serra, ob. cit., p. 110.

Estado, não se distinguem: buscam todas a realização destes. O que as diferencia "é a maneira diferente com a qual devem servir a tal realização".⁷⁹

A formulação de Montesquieu, embora referendada mundialmente pela grande maioria das Constituições democráticas e pelos doutrinadores, não é dotada de inatacabilidade, de valor objetivo absoluto.

Tal modelo clássico, de contorno tripartite, é, aqui e ali, contestado. Vale citar, nessa linha, tanto no estrangeiro,⁸⁰ como no Brasil,⁸¹

⁷⁹ Mayer, Otto, ob. cit., p. 4.

⁸⁰ No direito comparado, cabe destacar a postura de Francis-Paul Bénoit. O autor francês nega a tripartição do poder. Sua formulação parte da distinção de uma dupla personalidade para o Estado: o Estado-Nação e o Estado-Coletividade, Tal ocorreria em razão da heterogeneidade das missões conferidas ao Estado e, particularmente, como decorrência da subordinação, no seu exercício, de certas missões a outras. O Estado-Nação seria, então, "a coletividade pública a que corresponde as missões de criação do direito e a definição da política geral do país, segundo um regime jurídico cujo conjunto compõe o Direito chamado constitucional" (Bénoit, Francis-Paul, ob. cit., p. 28). Suas missões seriam, por esta ótica, primárias. O Estado-Coletividade, diferentemente, seria "a pessoa pública a que corresponde o conjunto de missões subordinadas. Esta coletividade tem também, pois, seu regime jurídico e sua finalidade próprios. É o fornecedor das prestações necessárias ao conjunto dos habitantes do país" (Bénoit, Francis-Paul, ob. cit., p. 29). Suas missões, por conseguinte, seriam subordinadas. Nele estariam incluídos os grandes temas do Direito Administrativo. Todas as missões executadas pelo Estado-Coletividade têm uma qualidade em comum: a subordinação às normas e às diretivas emanadas das autoridades do Estado-Nação. As missões do Estado-Coletividade, por serem subordinadas aos ditames do Estado-Nação, não se traduzem, pois, em uma lista imutável. Variando a vontade subordinante, modificado está o conteúdo do Estado-Coletividade. A questão das funções estatais passa, então, a ser tratada em acordo com a teoria da dupla personalidade do Estado. Como já mencionado, poder-se-ia caracterizar, em princípio, dois grandes grupos de funções: as primárias e as subordinadas. Só que tal dicotomia teria o inconveniente da generalização excessiva. No Estado-Nação, possuidor das missões de criação do Direito interno e de direção geral da política do país, destacar-se-ia uma função governamental (mais ampla que a função executiva, no sistema tradicional) e uma função parlamentar (mais ampla que a função legislativa, na concepção clássica). No Estado-Coletividade seria possível a identificação de diversas categorias de funções, valendo a pena assinalar a função administrativa, a função jurisdicional, a função de defesa, a função docente. Finalmente, cumpre destacar que, em Montesquieu não vamos encontrar, claramente, a "tripartição" que a ele é atribuída.

⁸¹ No Brasil, o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello adotou uma posição original quanto à fragmentação das funções estatais, não obstante reconhecesse que a sua tese "contraria a acolhida pelos juristas" (Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, Princípios Gerais de Direito Administrativo, 1/37, Rio de Janeiro, Forense, 1969). Para o saudoso mestre, as funções do Estado se resumem a duas: a função administrativa e a função jurisdicional. Aquela seria composta pela atividade legislativa e pela atividade executiva, "dois momentos sucessivos de uma mesma função" (Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, ob. cit., p. 34). Esta, por sua vez, consubstanciar-se-ia na ação judicial que "se distingue pela natureza do objeto, portanto, pela sua essência, das outras duas, pois tem preocupação diversa, a de manter a ordem jurídica em vigor, a de assegurar o direito vigente, acaso ameaçado ou desrespeitado, que busca proteger, e a realização efetiva da decisão, sua consequência lógica" (Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha ob. cit., p. 35). Sua característica maior é a

as posições reducionistas dicotômicas, ou seja, aquelas que enxergam bipartição e não tripartição no funcionamento do Estado.

12. Os diversos modelos para a distinção entre as funções estatais

A pretexto de identificar uma função administrativa, os administrativistas têm incansavelmente analisado as diversas funções públicas. Já se disse que "o intento de isolar uma abstrata função estatal de administrar, para sobre ela edificar o objeto formal do Direito Administrativo como disciplina, tem sido um dos esforços mais prolongados e mais sutis na história de nossa ciência - e também um dos mais baldios".⁸²

E este objetivo não pode ser alcançado sem que, ao mesmo tempo, sejam desvendadas a função legislativa e a função jurisdicional. Tratar de uma é, pois, tratar de todas conjuntamente.⁸³

Tal tarefa de dissecação da atividade estatal pode ser viabilizada de várias formas ou modelos. Entre estes, destacam-se o modelo técnico (mais pragmático e superficial) e os *modelos jurídicos*.

13. O modelo técnico

Antes mesmo de se tentar chegar a uma formulação estritamente *jurídica* da problemática funcional do Estado, seria oportuno

contemplação (reconhecendo a contemplação - carência de iniciativa - como um dos traços da função jurisdicional (v., igualmente, Forsthoff, Ernst, *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. Michel Fromont, Bruxelas, Bruylant, 1969, p. 41). Dentro dessa perspectiva, ambas as funções encaminham-se para o bem comum, "mas o alcançam por processos diferentes" (Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, ob. cit., p. 35). A função administrativa se exterioriza de modo direto, enquanto que a função jurisdicional se manifesta de modo indireto, pela atuação dos litigantes. Naquela o Estado-poder é parte, atua em obra própria, enquanto que nesta é simples terceiro (v. Renato Alessi, ob. cit., p. 8, para quem o Estado só é parte - em situação de superioridade - na função administrativa, mas não na jurisdicional).

⁸² Enterría, Eduardo Garcia de & Fernandez, Tomas-Ramon, *Curso de Derecho Administrativo*. 1/24, Madrid, Civitas, 1986.

⁸³ Há os autores que negam à função administrativa papel de tal relevância na estruturação do Direito Administrativo. Segundo Eduardo Garcia de Enterría e Tomas-Ramon Fernandez, Administração Pública é, para o Direito Administrativo, "antes de tudo, uma pessoa jurídica - e não um simples conjunto de órgãos ou, menos ainda, uma função abstrata" (ob. cit., p. 54).

trazer-se uma *noção comum*, mais técnica que jurídica, das três funções estatais.

De uma maneira geral, "considera-se que a função legislativa é a criação de normas gerais de conduta, imperativas para todos os habitantes".⁸⁴ Para Renato Alessi, a função legislativa "é a promulgação das normas, quer dizer, dos mandamentos jurídicos que possuem o caráter de generalidade e abstração".⁸⁵

Como veremos mais abaixo, Renato Alessi acrescenta à *abstração e à generalidade, a novidade*. Nisso não está sozinho, sendo acompanhado por Ranelletti, Giannini, Crisafulli, Foderaro, Romano e Sandulli.⁸⁶ O caráter de abstração e generalidade vem presente em muitos outros autores. Veja-se, p. ex., Frederico Cammeo, para quem a generalidade e abstração se explica porque o comando jurídico contempla um número indeterminado de casos.⁸⁷

Já a função jurisdicional seria "a decisão imperativa de contendas entre partes, determinando o Direito aplicável",⁸⁸ ou, novamente na lição de Renato Alessi, "a atividade encaminhada a garantir o cumprimento das normas, seja mediante a sua adaptação ao caso concreto, seja mediante sua aplicação coativa quando falhar seu cumprimento espontâneo".⁸⁹

Finalmente, a função administrativa mostrar-se-ia como "a atividade concreta, dirigida, através de uma ação positiva, à realização dos fins concretos de segurança, progresso e bem-estar da coletividade".⁹⁰

14. Os modelos jurídicos

⁸⁴ Gordillo, Augustin, ob. cit., p. 113.

⁸⁵ Alessi, Renato, ob. cit., pp. 6-7.

⁸⁶ Cammeo, Frederico, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, CEDAM, 1960, p. 11.

⁸⁷ Cammeo, Frederico, ob. cit., p. 10.

⁸⁸ Gordillo, Augustin, ob. cit., p. 113.

⁸⁹ Alessi, Renato, ob. cit., p. 7. Em sentido semelhante, Frederico Cammeo afirma que "a função jurisdicional consiste na garantia; nos casos concretos, da observância da norma jurídica" (ob. cit., p. 11).

⁹⁰ Alessi, Renato, ob. cit., p. 7.

Múltiplos critérios - dentro de uma formulação eminentemente jurídica - têm sido tentados no sentido de esclarecer os limites e conteúdo das três funções estatais, sempre com os olhos voltados para o objetivo mais ambicioso e problemático: a identificação da função administrativa. Não tem sido tarefa fácil. Ora adota-se um critério negativo, ora pendese para um critério positivo.⁹¹

14.1 Os conceitos negativos ou residuais

Primeiramente, fazendo-se uso de *um conceito negativo*, buscou-se chegar à essência da função administrativa através do critério da exclusão: seria ela tudo aquilo que não fosse nem função legislativa, nem função judicial. Transparece, na utilização de conceitos negativos, uma fadiga com o "esforço dialético prolongado" de buscar uma definição positiva.⁹²

Otto Mayer não deixou de reconhecer, nos primórdios do Direito Administrativo, que uma concepção negativa de função administrativa era possível. Segundo ele, sempre que falte um dos dois elementos caracterizadores da função legislativa (estabelecimento de e regras de direito e atuação do corpo representativo) e da função jurisdicional (manutenção da ordem jurídica e aplicação pelos tribunais de Direito Civil e de Direito Penal) a atividade "cai, por si mesma, na esfera da Administração. Em consequência, tal noção parece ser delimitada negativamente: a Administração deve ser toda atividade do Estado que não é nem legislação, nem justiça". Mas foi ele mesmo que mostrou a insuficiência deste critério, porquanto "não é Administração tudo o que o Estado faz além da legislação e da justiça". Daí ser fundamental agregar "elementos positivos" à definição negativa.⁹³

⁹¹ Grisel, André. *Droit Administratif Suisse*, Paris, Dalloz, pp. 61-62.

⁹² Enterrii Eduardo Garcia de & Fernandez, Tomas Ramon, ob. cit., p. 24.

⁹³ Mayer. Otto. ob. cit., p. 6.

A via negativa, em vez de dizer o que é função administrativa, limita-se à constatação do que ela não é.⁹⁴ Aqui não se alcançou grande sucesso na solução do problema, de vez que em muitos casos não se sabe se aquela atividade é ou não é legislativa ou judicial, daí sendo impossível nomeá-la ou não nomeá-la como administrativa. Ademais, o critério residual não ressalta os elementos específicos da função administrativa, dificultado, assim, a tarefa de controlá-la.

Otto Mayer aponta com clareza que o critério negativo decorre da própria evolução do Estado, antes unifuncional concentrando tudo na esfera do governo e depois, gradativamente, sendo fragmentado, primeiro com a identificação de uma função legislativa, depois com a percepção de uma função jurisdicional e, finalmente, com a visualização de uma função administrativa que seria - em acordo com essa percepção residual - "toda a atividade que não é nem justiça nem legislação".⁹⁵

14.2 Os conceitos positivos

Em contraposição ao conceito negativo, formulou-se dois *critérios positivos* básicos: um *formal* e outro *material*. Os adeptos da positivização conceitual tendem ora para as definições excessivamente sumárias, ora para as formulações que mais têm a forma de descrição do que propriamente de definição.⁹⁶

De regra, segue-se um modelo mais ou menos uniforme era que se visualiza o aspecto subjetivo do exercício da função e o seu conteúdo. "O Estado realiza as suas atividades por meio de funções específicas que se distinguem, no sentido formal, segundo o órgão que as exercita e do ponto de vista material, em relação ao seu conteúdo próprio".⁹⁷

14.2.1 O conceito formal

⁹⁴ Grisel, André, ob. cit., p. 61.

⁹⁵ Mayer, Otto, ob. cit., p. 3.

⁹⁶ Grisel, André, ob. cit., p.- 61. Em sentido similar, apontando as dificuldades de definição. Forsthoff, Ernst, ob. cit., p. 36.

⁹⁷ Tácito, Caio, *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 49.

O primeiro critério positivo parte da utilização de um *conceito orgânico* (ou *subjetivo* ou *formal*), que leva em conta o Poder que realiza a função. Com base em tal modelo, tentou-se distinguir a função administrativa das restantes sob o fundamento de que ela seria a exercida pelo Poder Executivo, critério este insuficiente porque os outros Poderes também a praticam (p. ex., o Legislativo, ao nomear funcionários, e o Judiciário, ao conferir férias aos seus membros).

Conforme; leciona Caio Tácito, "do ponto de vista *formal*, a função será legislativa, administrativa ou jurisdicional segundo emane de um órgão legislativo, administrativo ou judiciário, independente de seu conteúdo material."⁹⁸

14.2.2 O conteúdo material

O segundo, critério positivo é formulado em razão de um *conceito material* (ou *substancial*), prescindindo da qualificação do órgão de atuação, perquirindo apenas a natureza interna dos atos. Com base nesta proposta, a função administrativa, p. ex., seria a atividade concreta do Estado dirigida à satisfação das necessidades coletivas, de maneira direta e imediata.

Também esta fórmula não dirimiu as dúvidas, já que a função administrativa não se esgota com as manifestações concretas de vontade, podendo a Administração também praticar atividade que é abstrata e geral, como é o caso do regulamento. Donde a conclusão que "a função administrativa compreende atividades que são substancialmente idênticas à função legislativa (os regulamentos) e à função jurisdicional (a decisão adotada pelo Poder Executivo ante um recurso hierárquico apresentado frente ao ato de um órgão inferior), tomadas estas também em sentido material".⁹⁹

⁹⁸ Tácito Caio, ob. cit., p. 51, grifo no original

⁹⁹ Gordillo, Agustin, ob. cit., pp. 114-115.

Para aqueles doutrinadores, como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que vêem as funções do Estado como *par* e não como *trindade*, na função administrativa "o objeto da ação, tanto legislativa como executiva, é a utilidade pública a ser alcançada, mediante a promulgação de normas jurídicas e execução de atos jurídicos concretos, com fundamento naquelas, e atividades materiais complementares, que constituem formas de sua realização efetiva em cada caso. O direito constitui mero instrumento de efetivação da utilidade pública, processo empregado pelo Estado-poder para atingi-la".¹⁰⁰

Já na função jurisdicional, como outra face da moeda, "o objeto é o próprio direito, a resolução de controvérsia ou contestação jurídica, para manter a ordem jurídica normativa vigente, declarando ou decretando em definitivo o direito das partes e determinando o seu respeito".¹⁰¹

O critério exclusivamente material tem recebido críticas contundentes. Em realidade, "a Administração Pública não é para o Direito Administrativo uma determinada função objetiva ou material. O fracasso dos inúmeros intentos realizados nesta direção é a melhor prova da inutilidade de insistir neste ponto. A mobilidade da própria matéria administrativa é, sem dúvida alguma, um obstáculo insuperável para se tentar perfilar um modo - material ou formal - de administrar. As funções e atividades a realizar pela Administração são algo puramente contingente e historicamente variável, que depende essencialmente de uma demanda social, distinta para cada órbita cultural e diferente também em razão do contexto socioeconômico em que se produz".¹⁰²

É certo que um critério alicerçado unicamente na observação dos aspectos materiais das funções estatais não se adequa ao Estado multifário moderno. A distinção material, nos termos da reflexão requintada de Caio Tácito, "não acompanha, porém, uma rigorosa especialização dos órgãos do

¹⁰⁰ Bandeira de Mello. Oswaldo Aranha, ob. cit., p. 35.

¹⁰¹ Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, ob. cit., p. 36.

¹⁰² Enterria, Eduardo Garcia de & Fernandez, Thomas-Ramon, ob. cit., p. 25.

Estado. As atribuições dos poderes constitucionais não se limitam ao exercício de uma única função, embora se relacionem, predominantemente, com aquela que os caracteriza. É necessário, conseqüentemente, recorrer também a um conceito formal ou orgânico, que considere, no tocante a um ato determinado, unicamente a sua origem, ou seja, o órgão de sua procedência".¹⁰³

15. Novas tendências conceituais positivas

Não seria aconselhável - para não dizer impraticável - descrever, nos limites deste trabalho, as diversas teses doutrinárias acerca das funções estatais que surgiram modernamente.

De qualquer modo, duas tendências importantes podem ser observadas: uma no sentido da renovação do conceito material e outra na formulação e desenvolvimento crescentes dos conceitos mistos.

Poderiam ser chamadas de novas tendências, não no sentido de sua frescura, mas no sentido de sua inovação em relação às tendências tradicionais.

16. Novos matizes do conceito material

Renato Alessi, aderindo à formulação objetiva (não obstante reconheça que para se chegar a uma noção positiva de Administração Pública mister é "destacar ao lado da noção material e objetiva. .. a correspondente noção subjetiva"), traz à baila a idéia de atividade primária, atividade subsidiária e atividade complementar.

Para o grande mestre italiano, enquanto que na função legislativa ocorre uma inovação primária, através da emanção de atos de produção jurídica abstratos e gerais, fundados única e diretamente no poder soberano, mantendo-se o Estado acima e à margem das relações, na função jurisdicional procede-se à emanção de atos de produção jurídica subsidiária

¹⁰³ Tácito, Caio, ob. cit., p. 51, grifos no original.

aos primários e dirigidos à obtenção de sua concreção e da sua atuação coativa, permanecendo o órgão, aqui também, sempre acima e à margem das relações. Finalmente, na função administrativa, tem lugar a emanção de atos de produção jurídica complementar àquela primária, agora já com o Estado como parte integrante da relação, porém sempre em situação de superioridade.¹⁰⁴

Vale salientar que Otto Mayer, com muita propriedade, já de há muito, afirmava que a função legislativa ocorre sobre ("*au-dessus*") da ordem jurídica, enquanto que a função jurisdicional dá-se por *causa (pour)* da ordem jurídica. A função administrativa, finalmente, manifesta-se *sob* ("*sous*") a ordem jurídica.¹⁰⁵ A construção doutrinária de Alessi, portanto, resgata - com renovação e aperfeiçoamento técnico - a idéia original de Mayer.

17. Os conceitos mistos (formal-material)

Há os doutrinadores que preferem, diversamente, um *conceito misto*, dentro de uma formulação positiva, conjugando elementos do critério orgânico e do critério material.¹⁰⁶ Otto Mayer foi, sem dúvida alguma, pioneiro em tal formulação, ao destacar a função legislativa como sendo o *estabelecimento de regras de direito pelo corpo representativo* e a função jurisdicional como sendo a *manutenção da ordem jurídica pelos tribunais criminais e civis*.¹⁰⁷

Mais modernamente, sob a mesma perspectiva, define-se a "função legislativa como a edição de normas gerais feitas pelo Congresso", aí se encontrando "dois elementos: a) um material, objetivo que conceitua qual é o conteúdo da função (a expedição de normas jurídicas gerais); b) outro

¹⁰⁴ Alessi, Renato, ob. cit., pp. 7-8.

¹⁰⁵ Mayer, Otto. ob. cit. p. 13.

¹⁰⁶ Godillo, Agustin, ob. cit., p. Rojas, Andres Serra, ob. cit., p. 116.

¹⁰⁷ Mayer, Otto, ob.cit, p. 4.

orgânico ou subjetivo, que esclarece que esta função é unicamente realizada pelo Poder Legislativo".¹⁰⁸

Já a função jurisdicional seria enxergada "como a decisão com força de verdade legal de controvérsias entre partes, feita por um órgão imparcial e independente", atando-se, a um só tempo, a "dois elementos: a) um material (substancial de conteúdo) que se refere ao que a função é em si mesma (decisão com força de verdade legal de controvérsias entre partes) e"b) um orgânico (ou subjetivo formal), que se refere ao órgão ou poder que realiza a função (os juizes, órgãos imparciais e independentes)".¹⁰⁹

A idéia, como já, visto, estava presente nos escritos de Otto Mayer, que ligava a existência da função jurisdicional à manifestação de dois elementos: manutenção da ordem pública e atuação de tribunais encarregados do Direito Civil e do Direito Penal. E arrematava o grande jurista: "Mas não há mais justiça, não obstante toda a aparência exterior, assim que um ou outro dos dois elementos constitutivos esteja ausente".¹¹⁰

Finalmente, a função administrativa seria "toda atividade que realizam os órgãos administrativos, e a atividade que realizam os órgãos legislativos e jurisdicionais, excluídos, respectivamente os fatos e atos materialmente legislativos e jurisdicionais".¹¹¹

18. A função administrativa como elementar para o estudo do Direito administrativo

Toda disciplina jurídica tem uma idéia chave, um conceito fundamental ao redor do qual traça sua formulação. No caso do Direito Administrativo tal papel cabe à noção de função administrativa.

18.1 O conceito de função administrativa

¹⁰⁸ Gordillo, Augustin, ob. cit., p. 119.

¹⁰⁹ Gordillo, Augustin, ob. cit., p. 122.

¹¹⁰ Mayer, Otto, ob. e loc. cits.

¹¹¹ Gordillo, Augustin, ob. cit., p. 124.

A identificação de uma função administrativa do Estado é de fundamental importância para o Direito Administrativo, na medida em que se conceitue este como sendo "o conjunto de normas que têm por objeto já regulação da *função administrativa* do Estado".¹¹² Para aqueles que negam tal formulação do Direito Administrativo - alicerçada na idéia de função administrativa - não faz, realmente, muito sentido perquirir-se a fundo a questão da funcionalidade das missões estatais.

Logo, cabe aqui isolar - para uma melhor percepção do tema - alguns conceitos de função administrativa.

Para Caio Tácito, o emérito administrativista carioca, entende-se por função administrativa "a forma de atividade do Estado que visa a criar, modificar ou extinguir, situações jurídicas individuais ou a concorrer para a sua formação, bem como a realizar atos materiais".¹¹³ Trata-se, evidentemente, de um conceito material de função administrativa, de vez que abstrai totalmente do aspecto subjetivo de seu titular.

Já Carlos Ari Sundfeld prefere ressaltar, na definição de função administrativa, os aspectos da infralegalidade, do atilho hierárquico e da submissão a controle jurisdicional. Segundo ele, função administrativa seria "a atividade do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), revestida de prerrogativas estatais, dirigida a uma finalidade pública, desenvolvida a nível infralegal e no interior de uma hierarquia, sujeita a -controle de legitimidade pelo Poder Judiciário".¹¹⁴

18.2 Função ou funções administrativas?

Já elencamos acima alguns exemplos da disparidade -quando não da incompatibilidade - que reina na doutrina no tocante à análise (e conceito) das diversas funções do Estado. Abordamos a tri-partição de funções, bicentenária, e elencamos algumas vezes insatisfeitas com tal

¹¹² Alessi, Renato, ob. cit., p. 6, grifo no original.

¹¹³ Tácito, Caio, ob. cit., p. 53.

¹¹⁴ Sundfeld, Carlos Ari, art. cit., p. 127.

trindade. Tudo isso feito com o intuito de identificar (ou não) uma *função administrativa*.

A conclusão que se chega é que, de fato, entre as missões do Estado está a de administrar o interesse público,¹¹⁵ ou melhor, todas as suas missões só se justificam quando vistas como veículos para a satisfação do interesse público. Essas missões, na medida em que se materializam suportadas por um regime específico e com princípios uniformes, podem ser agrupadas em razão de sua homogeneidade. Aí está o segredo da função administrativa, conceito que não pode ser alcançado a não ser por um *critério misto*, onde o referencial é a preponderância - e não a exclusividade - de certos traços e características.

Sendo função a atividade executada em prol de outrem, em princípio toda atividade administrativa é, necessariamente, função.¹¹⁶ Mas não se imagine que função administrativa seja um termo infragmentável. Em verdade, a função administrativa se compõe de uma infinidade de outras funções. Desenvolvendo o aparato administrativo inúmeras atividades, e sendo as atividades administrativas, normalmente, funções, bem se vê que não seria absolutamente correto falar-se em *função administrativa*, mas sim em *funções administrativas*.

Conforme já assinalamos, o vocábulo função pode vir a ser qualificado, criando-se espécies de uma hipotética função administrativa geral: a "função disciplinar", a "função regulamentar" e, como não poderia deixar de ser, a "função ambiental".

Tal se explica pelo fato de que o poder estatal, na sua forma de administração, não é exercido por um único órgão. Muito ao contrário, dá-se uma verdadeira pulverização do poder (isto é, de funções) entre diversos

¹¹⁵ Concordamos com Lúcia Valle Figueiredo no sentido de que "o conceito de interesse público, como conceito pragmático que é, terá conotações diversas, dependendo da época, da situação sócio-econômica etc." (Figueiredo, Lúcia Valle, *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*, São Paulo, Ed. RT, 1978, p. 21).

¹¹⁶ Giannini, Massimo Severo, *Diritto...*, cit., p. 440.

órgãos. Estes são identificados ora por seu objeto, ora pelo seu fim, ora pelo seu titular (Presidência da República, p. ex.). Na medida em que o atuar desses órgãos é função, passa o objeto e o fim da atividade não só a lhe qualificar, como, ainda, a qualificar a função, distinguindo-as entre si.

De fato algumas funções, seja pela sua importância, seja pela facilidade de identificação de seu conteúdo jurídico, recebem uma "nome de batismo". Todavia, nem todas as funções têm esse caráter jurídico - uma nomenclatura própria - bem definido, Algumas são bastante dissipadas, enquanto que a sua grande maioria não possui qualquer caráter específico, não podendo, por conseguinte, ser "batizadas".¹¹⁷

Um cuidado há, que se ter em tal "batizado": não se deve atribuir o nome de função administrativa àquilo que é simples atribuição ou competência.¹¹⁸

19. Função ambiental

A *função ambiental*, espécie do gênero função, é um fenômeno jurídico de manifestação recente. Esclareça-se: o fenômeno ambiental é anterior ao próprio homem; a sua percepção jurídica é que só começa a tomar forma nos últimos anos. Surge ela como resultado das grandes transformações por que tem passado o processo de desenvolvimento, transformações estas que refletiram, diretamente, no labor de formulação do Direito.

A formulação, jurídico-ambiental foi retardada - à parte da lentidão do próprio Direito ao se adaptar a novas situações do cotidiano - especialmente pelo fato de que, apesar de há mais de um século ter sido feita a crítica da utilização do fator trabalho no processo de produção capitalista, como percucientemente nota Eros Roberto Grau, "ainda não foi

¹¹⁷ Giannini, Massimo Severo, *Diritto...* cit., pp. 442-444.

¹¹⁸ Giannini, Massimo Severo, *Diritto...* cit., p. 442.

desenvolvida, no campo teórico, de modo completo, a crítica da utilização, naquele processo, do fator recursos naturais".¹¹⁹

De qualquer modo, a evolução - quase que revolução - tem sido rápida, alterando e revisando (modalidade de "envelhecimento precoce"), em questão de anos, teorias e estudos jurídicos ambientais. É como se, de uma hora para outra, o jurista, descobrisse que, pelo menos no que tange à proteção da vida - divisada no seu prisma qualitativo (como "qualidade de vida") - os princípios e teorias jurídicos tradicionais, assim como os instrumentos legais, mais atrapalhavam do que propriamente auxiliavam nesta imensa tarefa.¹²⁰

20. A questão ambiental e seus enfoques

A questão ambiental tem inúmeras facetas. Nos dias atuais, entretanto, duas delas sobressaem-se: a da análise ambiental e a da proteção ambiental.

São, duas vertentes complementares e sua decomposição se dá apenas para fins didáticos. O trabalho analítico visa estudar, em profundidade, o meio ambiente e a sua deterioração. Predominantemente, constata. O trabalho protetório, ao revés, com base na realidade descoberta pela análise ambiental, busca mecanismos eficientes para estancar a degradação ambiental e para melhorar a qualidade do meio ambiente. Predominantemente, formula, propõe, impõe e sanciona.

O ângulo que interessa à articulação jurídica é, em essência, o da proteção ambiental¹²¹ - posta de modo abrangente e não setorizado -, não

¹¹⁹ Grau. Eras Roberto, *A Ordem Económica...* cit., p. 256.

¹²⁰ V., como exemplo, a crítica que hoje se faz a trabalho de 1973 - relativamente recente, portanto - do Prof. Massimo Severo Giannini, um dos grandes administrativistas da Itália e precursor da análise jurídica ambien-, tal naquele país (Postiglione, Amedeo, "Ambiente: suo significato giuridico unitário", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1985, fase. 1, pp. 32-59).

¹²¹ Em poucas palavras - conforme preleciona Hely Lopes Meirelles, "A proteção ambiental visa à preservação da Natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do ímpeto predatório das nações civilizadas que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna,

obstante o esforço tutelar se faça, como já se alertou, com os olhos voltados para a atividade de análise e estudo levada avante pelas ciências biológicas e pelas ciências exatas, sob pena de ser ineficiente ou mesmo simplesmente imprestável.

21. Meio-ambiente: do econômico ao jurídico

A Ciência do Direito é hoje, indubitavelmente, muito mais sensível à questão ambiental do que há poucas décadas. Mas a "abertura ambiental" do Direito não ocorreu de maneira isolada. Em passo igual, sucedeu a uma alteração fundamental no âmbito do Estado, da própria sociedade e da compreensão do processo de desenvolvimento. Até mesmo as Ciências Exatas e Biológicas, em especial a geoquímica e a própria física, reavaliaram seus conceitos, sob a luz do desastre ecológico que se avizinha.

Se é certo que houve uma enorme metamorfose do Estado nos últimos vinte anos, não é menos certo que tal ocorreu como conseqüência de uma evolução radical do pensamento da sociedade acerca do meio ambiente e do próprio processo de desenvolvimento.

Hoje todo o mundo - e também o Brasil - paga um custo extremamente elevado pelos anos de desídia ambiental. A incúria, especialmente a referente ao exercício da função administrativa (embora não nos esqueçamos da decorrente da omissão no exercício das funções legislativa e jurisdicional), levou o nosso país à situação atual de *ecocídio*, onde nenhuma das espécies - nem mesmo o homem - ou qualquer outro bem ambiental está a salvo de desaparecer.¹²²

poluem as águas e ar" (Meirelles; Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1988, p. 485, grifo no original).

¹²² Nesse ponto, vale a pena trazer à colação o alerta de Edis Milaré: "Essa opção de crescer a qualquer custo, entretanto, levou o brasileiro a uma impiedosa agressão à natureza, que, exaurida, começa a cobrar seu preço, numa guerra de saldo desalentador: manchas sinistras de desertificação já aparecem no pampa gaúcho, na região noroeste do Paraná e em vários pontos da Amazônia; o listado de São Paulo perde, a cada ano, no processo de erosão, 190 milhões de toneladas de terra; a poluição pelas fábricas de Cubatão está abrindo grandes ravinas na Serra do Mar, que grita por socorro e ameaça desabar sobre o pólo petroquímico e os 60 mil habitantes daquela cidade; a proliferação de doenças, como a



Justifica-se, portanto, que o Estado, face à dimensão do problema ecológico e à pressão social, tenha sido levado a repartir responsabilidades e - eis o ponto fundamental - a derrubar o seu *monopólio* do exercício da função ambiental, repensando, ao mesmo tempo, todo o esforço desenvolvimentista.

22. Os elementos da função jurídica ambiental

Como toda função jurídica, a ambiental tem os seguintes elementos principais: um *sujeito titular*, um *sujeito beneficiário* e um *objeto*.

23. O sujeito titular da missão

Ao contrário da grande maioria das funções legalmente estabelecidas, a função ambiental não é exclusivamente pública. Ou seja, seu exercício é outorgado a outros sujeitos além do Estado. Por conseguinte, o múnus ambiental (ou ofício ambiental) manifesta-se pelo comportamento do Estado e/ou do cidadão, agindo este coletiva (associações ambientais, por exemplo) ou isoladamente.

24. O monopólio estatal contestado: função ambiental pública e função ambiental privada

A função ambiental permite duas acepções: uma *pública* e outra *privada*. A função ambiental é pública ou privada não em razão do conteúdo do *munus* que caneia, mas tão apenas em decorrência do *status* do seu titular: se público, o sujeito, a função é pública; se privado, a função é igualmente privada.

anencefalia, a leucopenia, a asbestose, a silicose e o saturnismo também não têm sabor de novidade; a intoxicação pelo uso desmedidos de agrotóxicos e mercúrio vem constituindo grave problema de saúde pública; rios poluídos, autênticas galerias de esgoto; alimentos contaminados; cidades desumanizadas; campos devastados etc, a demonstrar que, realmente, vivemos dias difíceis, em que o homem, como se disse alhures, que tanto correu para ser salvo pela técnica, agora corre para ser salvo da tecnologia" (Milaré, Edis, ob. cit., p. 18).

Logo, é a simples titularidade da missão ambiental que dá ensejo à classificação da função ambiental em pública e privada. Saliente-se que uma não exclui a outra. Muito ao revés, são missões convergentes e não divergentes. Seu exercício por um dos obrigados não exime de responsabilidade o outro.

Conforme já ressaltado, a *funcionalização* da proteção ambiental é recente, pois anteriormente à década de 70 praticamente não se falava em meio-ambiente como um valor em si mesmo. Tutelava-se, quando muito, a saúde, o patrimônio histórico e artístico, assim como certos direitos de vizinhança, só reflexamente ambientais. Tudo no bojo do exercício de uma função eminentemente estatal.

O mero fato do Estado passar a se interessar pelo meio-ambiente já representou um grande avanço em termos de preservação ecológica. Progresso imensamente maior, contudo, foi a coletividade conquistar a posição de poder *dividir* com o Estado as responsabilidades ambientais. O triunfo do particular foi trazer a si parcela do exercício da função ambiental.

A regra, em matéria de resguardo da saúde pública (e aí está a origem da tutela ambiental) e do patrimônio histórico-cultural, era que o Estado exercia as funções sanitária e histórico-cultural como o único titular do *munus*, à época visto como mero poder-dever e não como verdadeiro dever-poder. O cidadão não passava de simples expectador ou, em outros casos, de mero predador.

O papel do Estado era duplamente prejudicial: ou se comportava passivamente, presenciando inerte a devastação ambiental, ou atuava positivamente, só que como devastador e não como preservador. No plano normativo, é verdade, faltava-lhe a autorização legal para a intervenção, assim como os instrumentos adequados de atuação. Não tinha ele, em síntese, o reconhecimento de sua importância como partícipe do processo de gerenciamento dos bens ambientais.

Com o desenvolvimento da consciência ambiental, fenômeno mundial, chegou-se à conclusão que o cidadão poderia participar diretamente da administração do patrimônio ambiental. Não como um expectador-privilegiado, mas como autêntico titular de um múnus, público, carreando em sua atividade autêntico dever-poder em favor do interesse de todos.

Hoje, a tendência nos mais diversos países é no sentido de que a coletividade não só pode, como *deve*, proteger o equilíbrio ecológico, transformando-se de simples beneficiário da função ambiental estatal em verdadeiro titular do dever-poder de atuar positivamente na busca da preservação do meio ambiente.

25. A função ambiental pública

O Estado, como se sabe, entre outras missões que exerce, tem o dever de resguardar a saúde e bem-estar do cidadão - tudo dentro de uma formulação mais ampla de qualidade de vida -, aí se incluindo, evidentemente, a proteção do meio ambiente. Esta é a base em que se desenvolve a função ambiental pública.

25.1 Identificação da função ambiental pública

A função ambiental pública - em especial a função ambiental administrativa - apresenta diferenças em relação a outras modalidades de funções estatais. O traço que a destaca das demais é a sua não-exclusividade nas mãos do Estado (fenômeno que aparece basicamente na função ambiental administrativa), qualidade esta que a distingue, por exemplo, da função tributária.¹²³

O rompimento do monopólio funcional do Estado é um desenvolvimento recente da democratização da operação estatal que, ao contrário do que se imagina, não está restrita à área ambiental e tende a

¹²³ Claro está de natureza finalística denominação - função que, ao lado da diferenciação subjetiva, há, ainda, outra. Esta é muito mais visível do que aquela. A própria ambiental - já diz a que título vem.

ampliar-se. É o caso de outros interesses difusos em que o cidadão mais e mais recebe missões específicas de tutela, verdadeiros *munus* públicos.

Saliente-se, contudo, que a fragmentação subjetiva¹²⁴ da função ambiental estatal ocorre quase que exclusivamente no plano da função ambiental administrativa, já que o Estado, de maneira geral, ainda guarda o monopólio legislativo e jurisdicional, de vez que exceções isoladas, como o júri popular e a iniciativa popular de leis complementares e ordinárias,¹²⁵ não retiram a validade da afirmação. A quebra do monopólio, de qualquer modo, não altera em nada a fórmula dever-poder em relação ao Estado: continua ele, em matéria ambiental, a dever e a poder tanto quanto (ou mais que) antes.

Logo, pelo menos na situação presente, haverá concorrência de missões ambientais somente em relação à Administração Pública. O Estado, no exercício de sua função administrativa, tem missões que se encaminham à proteção do meio-ambiente. Integram elas uma *função ambiental administrativa*, diferenciada da função administrativa comum pelo seu objeto (a tutela do meio ambiente) e também por alterações quanto ao seu *regime* (não-exclusividade, controle mais estrito por parte do Poder Judiciário, limitação da discricionariedade do seu titular).

Vale alertar que nada impede que outras funções estatais venham também a ser partilhadas - de modo parcial - com particulares, na tarefa de proteger o meio ambiente. Assim, é perfeitamente admissível a criação de organismos privados de solução de conflitos ambientais, assim como a "regulamentação" de atividades capazes de afetar o meio-ambiente

¹²⁴ Em vez de "fragmentação", um dos precursores do Direito Ambiental no Brasil prefere falar em "co-responsabilidade", afirmando que a Constituição Federal de 1988 impôs, em matéria de proteção do meio-ambiente, a "co-responsabilização a toda cidadania" (Ferraz, Sérgio, "Meio ambiente", in RDP 96/205, out.-dez./90, grifo nosso).

¹²⁵ Constituição Federal, art. 61, § 2.º.

através de acordos coletivos ambientais, estabelecidos pelas Associações ou Sindicatos representativos dos interesses divergentes.¹²⁶

Em resumo, o que é importante lembrar - e aí está o grande avanço dos últimos vinte anos - é que a função ambiental não mais está sob titulação exclusiva do Estado, particularmente dos sujeitos que exercem a função administrativa. É ela estatal e não-estatal. Pode e deve ser exercida pelo Estado, mas também pode e deve ser exercida pelo cidadão ou pelos seus corpos intermediários.

25.2 A função ambiental administrativa

A função ambiental pública pode ser exercida no bojo de uma função legislativa (função ambiental legislativa), no bojo de uma função jurisdicional (função ambiental jurisdicional) e, finalmente, no bojo de uma função administrativa (função ambiental administrativa).

A identificação precisa de uma função ambiental legislativa e jurisdicional leva os órgãos encarregados de exercê-la a buscar a especialização no trato de questões pertinentes ao meio-ambiente. É o que sucede com o Poder Legislativo (através da criação de Comissões de Meio-Ambiente permanentes encarregadas de analisar projetos ambientais) e do Poder Judiciário (através do estabelecimento de Varas! Especializadas em conflitos ambientais).

Aqui merece nossa especial atenção a função ambiental administrativa. Seria ela exercitada nos mesmos termos, isto é, com o mesmo regime da função administrativa em geral? A resposta é um enfático *não!* Tanto a Constituição de 1988, como a legislação ambiental vigente, fixam normas específicas para o regramento do exercício da função ambiental administrativa.

¹²⁶ Em matéria de proteção do consumidor, as chamadas "convenções coletivas de consumo" já são possíveis, mesmo no Direito brasileiro (CDC, art. 107).

Apesar de não ser nosso intuito esmiuçar o regime ambiental vigente no país, dois aspectos básicos da função ambiental administrativa devem ser, neste momento, ressaltados: o exercício integrado por todos os órgãos da Administração Pública e a participação do cidadão no processo decisório (não na decisão em si).

A não-compartimentalização do exercício da função administrativa ambiental é consequência da própria multidisciplinariedade do Direito Ambiental: o meio-ambiente está em conexão com todas as atividades humanas, sendo imune à tentativa de concentrá-lo, formalmente, na esfera de um único órgão ou mesmo Poder; logo, o comportamento de um órgão da Administração que venha a afetá-lo depassa o seu território estreito e invade outras áreas muitas vezes só remotamente em conexão com o produtor do ato.

Assim, não é porque exista eventualmente um Ministério ou um órgão especial dedicado à tutela ambiental que os outros estarão liberados do dever de zelar pela preservação do patrimônio ecológico. Não é a toa que a Constituição de 1988 acentuou o dever do "Poder Público", como conjunto, de "defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".¹²⁷ Ou seja, não é um ou outro órgão que é destinatário do mandamento constitucional. A tal regra constitucional submete-se *todo* o Poder Público e não somente um ou outro de seus órgãos.

Por conseguinte, além do cuidado no sentido de impor a cada recanto da Administração Pública o zelo pelo meio-ambiente, deve-se evitar a criação de órgãos ambientais múltiplos, com atribuições sobrepostas e, não raras vezes, conflitantes. A regra aplicável à Administração Pública, pois, deixa de ser a da mera ação e passa a ser a da *coordenação*, interface da não-compartimentalização.¹²⁸

¹²⁷ Art. 225, *caput*.

¹²⁸ Nesta matéria, é magistral a lição de Paulo Affonso Leme Machado, o premiadíssimo precursor e grande incentivador do Direito Ambiental no Brasil: "Em matéria ambiental

A participação do cidadão no processo decisório administrativo ambiental é uma grande conquista democrática dos últimos anos. A ela já fazia referência a Lei 6.938/81¹²⁹ ao elencar, entre seus princípios, a "educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para *participação ativa* na defesa do meio-ambiente".¹³⁰

Não se confunda, porém, participação no processo decisório com exercício de função ambiental privada. A participação popular que aqui se fala ocorre necessariamente no âmbito da atuação da própria Administração e é simples modo de exercício da função ambiental privada, que pode ou não manifestar-se *sobre* ou *na* Administração Pública. Em outras palavras, há entre uma e outra relação de gênero e espécie, não havendo mera sinonímia entre participação popular e função ambiental privada.¹³¹

26. A função ambiental privada

Os primórdios do Direito Ambiental foram caracterizados pela imposição de deveres negativos aos particulares, todos em torno de uma obrigação hipotética de não poluir.¹³²

como em todos os campos da Administração Pública de pouca valia será a ação se compartimentalizada e isolada em suas manifestações. Organismos administrativos com competências similares ou semelhantes vão acarretar freqüentes invasões de um órgão no campo do outro, além da não desprezível pulverização de recursos financeiros para os mesmos objetivos" (Machado, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1991. p. 63).

¹²⁹ Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

¹³⁰ Art. 2.º. X, grifo nosso.

¹³¹ Neste sentido, a função ambiental privada - gênero que acolhe a espécie da "participação do cidadão no processo decisório administrativo ambiental" - pode manifestar-se de múltiplas formas, seja como comportamento paralelo ao exercício da função ambiental administrativa, seja como comportamento dirigido ao Poder Legislativo (atividade de *lobby*) ou ao Poder Judiciário (ação civil pública e ação popular ambiental). O melhor exemplo de participação do cidadão no processo decisório ambiental administrativo dá-se no estudo prévio de impacto ambiental. A audiência pública, prevista no art. 11, § 2º, da Res. 1/86, do CONAMA, é, sem dúvida alguma, o clímax a que pode chegar a intervenção popular no processo decisório ambiental.

¹³² Lúcia, Valle Figueiredo, primogênita do Direito Urbanístico brasileiro, já ressaltava tal perspectiva: "Não poluir determinadas áreas, evitando, por todos os meios possíveis, contaminar rios, lagos etc, ou o ar, tornando-o inadequado à saúde pública, constitui um dever. Praticar determinadas medidas que minimizem a poluição, a fim de ser permitido o início ou a continuação de determinada atividade, também é dever jurídico cujo desrespeito

Modernamente, contudo, como abaixo veremos, a perspectiva ambiental, não mais se contentando com um simples comportamento negativo, passou a requisitar um atuar positivo, no sentido de efetivamente cumprir um "*munus*" que vai além do mero *não poluir*: o *dever de defender*,¹³³ o *dever de reparar*¹³⁴ e o *dever de preservar*,¹³⁵ este último conceito amplo que traz para o cidadão uma proibição (não poluir) e uma obrigação positiva (impedir o poluir alheio). Nesta trindade de deveres reside o fundamento da função - como missão - ambiental privada.

O Brasil não foi o primeiro país a alçar a função ambiental privada ao plano constitucional. Outros ordenamentos, antes da Constituição brasileira de 1988, reconheceram a importância da funcionalização constitucional da proteção do meio ambiente.¹³⁶

Não obstante a falta de pioneirismo, a Constituição brasileira de 1988 é de todas a que ostenta o melhor e mais completo texto de tutela ambiental. Segundo ela, "Todos têm direito ao meio-ambiente

obrigará a atuação administrativa" (Figueiredo, Lúcia Valle, *Disciplina Urbanística da Propriedade*, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 13).

¹³³ Constituição Federal, art. 225, caput.

¹³⁴ Constituição Federal, art. 225, §§ 2.º e 3.º. Aliás, antes mesmo da aprovação do texto constitucional, a Lei 6.938/81, já fixava o dever de reparar, não apenas como obrigação pessoal do poluidor (art. 14, § 1.º), mas também como um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 4.º, VII).

¹³⁵ Constituição Federal, art. 225, caput.

¹³⁶ É o caso da Constituição da Hungria Socialista, com as alterações de 1972 e 1975, onde se firmou que "Os deveres fundamentais dos cidadãos da República Popular da Hungria são: proteger o patrimônio popular, consolidar a propriedade social, erguer a força econômica da República Popular da Hungria, elevar sua cultura, proteger os valores naturais e culturais do país e reforçar a ordem social" (art. 69, grifos nossos). Por sua vez, a Constituição da República Popular da Polônia, atualizada até 1983, dizia que "Os cidadãos da República Popular da Polônia têm direito a gozar dos valores do meio-ambiente e o dever de protegê-lo" (art. 71, grifo nosso). Já a Constituição portuguesa, em seu texto atualizado pela reforma de 1989, assenta que "1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado é o dever de o defender. 2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo e apoio a iniciativas populares: a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-econômico e paisagens biologicamente equilibradas; c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica" (art. 66.º).

ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia; qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à *coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*".¹³⁷

Por outro lado, o art. 170, VI, de maneira absolutamente inovadora, determina que a ordem econômica, entre outros princípios, deve observar a "defesa do meio-ambiente". Trata-se de princípio constitucional impositivo, verdadeira "norma-objetivo dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de, políticas públicas",¹³⁸ ou seja, o exercício de função ambiental.

É o art. 170, VI, que dá suporte conformador ao art. 225, permitindo que este caracterize o meio-ambiente como patrimônio de toda a coletividade e confira as missões tendentes a protegê-lo "ao Poder Público" e "à coletividade". Por sua vez, o papel do art. 225 é o dar concreção ao princípio constitucional estampado no art. 170, VI.¹³⁹

Nesses termos, bem se vê, através da conjugação dos dois dispositivos, que a função ambiental, antes restrita ao próprio Estado, foi concedida, como dever-poder, a todos os cidadãos. Em tal sentido, poder-se-ia dizer que a função ambiental sofreu um processo de desestatização.

Na legislação infraconstitucional, já não são poucos os exemplos estrangeiros que reconhecem expressamente o "múnus" público imposto ao cidadão de velar pelo equilíbrio ecológico.¹⁴⁰

27. O sujeito beneficiário da função ambiental

¹³⁷ Art. 225, *caput*, grifos nossos.

¹³⁸ Grau, Eros Roberto, *A Ordem Econômica...* cit., p. 255, grifo no original.

¹³⁹ Grau, Eros Roberto, *A Ordem Econômica...* cit., p. 255.

¹⁴⁰ Assim, p. ex., na França, a Lei 76-629, de 10.7.76, em seu art. 1.º, diz que "Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit" (grifo nosso). A legislação portuguesa seguiu os mesmos passos ao estabelecer que "Todos os cidadãos têm direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender" (Lei 11/87, de 7.4.87 - Lei de Base do Ambiente art. 1.º, grifo nosso). Nos Estados Unidos, o National Environmental Policy Act, de 1970, reza que "O Congresso reconhece que cada indivíduo deve usufruir de um meio ambiente saudável e que cada um tem uma responsabilidade no sentido de contribuir para a sua preservação e melhoria" (art. 101, c, grifo nosso).

Quem é o beneficiário da função ambiental? O particular ou a sociedade como um todo? Um e outro, ao mesmo tempo. Como se verá abaixo, em decorrência das características do bem ambiental, impossível é favorecer a sociedade sem igualmente beneficiar o particular e vice-versa.

Além de servir aos particulares e à sociedade como um todo, na função ambiental privada também é favorecido o titular do "*munus*" público. Em outras palavras: ele é credor e devedor concomitante-mente. Até o poluidor, em última instância, acaba por receber os benefícios de um meio-ambiente mais saudável!

Veja-se que nos modelos legislativos modernos, constitucionais ou não, o cidadão tem, simultaneamente, o direito ao meio ambiente equilibrado e o dever de protegê-lo. É este último que lhe dá um "*múnus*" público e que, por isso mesmo, orienta o exercício da função ambiental privada.

28. O objeto da função ambiental

A Ciência do Direito, em seu discurso, tem priorizado um certo aspecto subjetivo no tratamento das questões jurídicas. Em tal prisma, seus temas prediletos sempre foram aqueles pertinentes ao indivíduo, ao traço subjetivo da formulação jurídica: as pessoas, a personalidade jurídica, o direito subjetivo e a "*legitimatío ad causam*".

Nos dias atuais, impõe-se — sem qualquer abandono do discurso subjetivo — uma dialética mais abrangente, centrada em temas como interesse individual e interesse coletivo, bem individual e bem coletivo.¹⁴¹ Só uma perspectiva que valorize o aspecto objetivo permite, realmente, uma análise adequada da função ambiental.

Na função ambiental, como se verá melhor a seguir, a natureza jurídica do bem que lhe serve de objeto é enormemente destacada. Isto

¹⁴¹ Maddaiena, Paolo, *Responsabilità Amministrativa Danno Pubblico e Tutella dell'Ambiente*, Rimini, Maggioli Editore, 1985, pp. 38-39.

porque uma função - em particular a ambiental - é sempre exercitada em relação a um bem, algo - nem sempre uma coisa, nem, tampouco, necessariamente passível de avaliação econômica ou portador de conteúdo econômico¹⁴² - com teor valorativo e que dê ensejo a um interesse, de regra supraindividual.¹⁴³

A função ambiental atua sobre um determinado objeto: o bem ambiental. Não se confunda, entretanto, o objeto da função ambiental com seu fim. A função ambiental atua sobre o seu objeto para concretizar o seu fim (a qualidade ambiental como valor importante da qualidade de vida). O titular do dever-poder movimenta-se sobre o objeto, mas sempre finalisticamente orientado.

O objeto da função ambiental - bem ambiental - é identificado ora com o meio ambiente, como categoria única e global, ora com partes ou fragmentos deste (uma determinada montanha, um córrego específico, um ecossistema localizado). Tal é decorrência da forma *macro* ou *micro* com que se analise a questão.

¹⁴² Maddaiena, Paolo, ob. cit., pp. 49-50; no mesmo sentido, "La concreta possibilita di apprensione della cosa costituisce perciò la linea di demarcazione che distingue il bene della cosa; sono beni non soltanto le cose materiali ma anche la creazione intellettuale, l'opera artistica. la creazione umana in genere" (Salmi, Sérgio, *Diritto dell'Ambiente*, Milano, Pirola Editore, 1989, p. 119) e, por que não dizer, o meio ambiente.

¹⁴³ A propósito do interesse ambiental, perguntávamos, na já referida palestra aos membros do Ministério Público de Goiás: "sendo, assim, como poder-se-ia definir esse interesse ambiental, ora visto como interesse difuso, ora como interesse coletivo, que por sua vez são fragmentos dos interesses sociais? O interesse ambiental consiste, de modo resumido, na expectativa do cidadão e da sociedade na manutenção de um meio ambiente ecológica mente equilibrado através da prevenção, reparação e repressão ao dano ecológico" (art. cit., p. 6). Em outras palavras: o interesse ambiental é um juízo entre uma necessidade (a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos da Constituição de 1988) e os meios disponíveis a sua satisfação (prevenção, reparação e repressão). Interesse este que, na medida em que reflete uma necessidade de todos, não se adequa a uma moldura exclusivamente individual. A característica maior do interesse ambiental é exatamente a de não se prender a único indivíduo. De qualquer modo, será individual quando o juízo for de um só indivíduo e será não-individual (coletivo, difuso e público) quando o juízo ultrapassar as fronteiras do sujeito isolado. Logo, a teoria do interesse ambiental - aqui se adaptando a lição de Paolo Maddaiena - não pode ser construída com os olhos voltados para o sujeito-indivíduo, mas para o sujeito-coletividade (Maddaiena, Paolo, ob. cit., p. 41).

O meio ambiente, como bem objeto da função ambiental, é gênero amplo (*macrobem*) que acolhe uma infinidade de outros bens - numa relação assemelhada à dos átomos e moléculas -, menos genéricos e mais materiais (*microbens*): são "a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora",¹⁴⁴ ou em outras palavras, os elementos da hidrosfera, da litosfera, da atmosfera, da biosfera e, quiçá, também de uma antroposfera.

Assim, de uma maneira muito geral, pode-se dizer que o objeto (macro) da função jurídica ambiental é o bem ambiental, isto é, o meio ambiente como realidade abstrata e proteiforme.

Quais seriam as características do bem ambiental? Neste ponto, a *análise econômica* será nosso guia até que cheguemos à formulação jurídica propriamente dita.

28.1 A comunalidade como atributo econômico do bem ambiental

De acordo com uma visão própria da teoria econômica, direitos e interesses comunais (noção que, em técnica jurídica, aplica-se tanto aos interesses públicos, como aos interesses ditos difusos e coletivos, estes últimos em menor escala) aparecem quando a qualquer cidadão é lícito utilizar determinados bens e ninguém - nem mesmo o Estado - tem poder para excluir a sua utilização por quem quer que seja.

Pegue-se a exemplo do ar que respiramos: todos fazem uso dele e a ninguém é permitido interferir em tal exercício.¹⁴⁵ Nos termos de tal teoria, só a utilização do recurso por um outro beneficiário é capaz de excluir os demais. Realmente, o ar que eu respiro não pode, ao mesmo tempo, ser utilizado por outro portador do título. Por conseguinte, enquanto usado, o

¹⁴⁴ Lei 6.938/81, art. 3.º, V.

¹⁴⁵ Aliás, qualquer interferência pode tipificar infração penal.

recurso, em verdade, embora mantendo seu "*status*" de patrimônio de todos, se torna propriedade daquele beneficiário.¹⁴⁶

Os bens comunais regem-se por dois princípios básicos: o princípio da indivisibilidade dos benefícios (a utilidade do bem não é divisível entre os que o utilizam, impossibilitando a sua apropriação com exclusividade) e o princípio da não-exclusão dos beneficiários (nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios, a não ser que todos o sejam igualmente).

Este último princípio dá ensejo ao surgimento da figura do "carona" ("*free rider*"), alguém que, sem qualquer esforço pessoal, é beneficiado - reflexa e gratuitamente - de atividade alheia. Veja-se a hipótese de algumas pessoas, todas morando às margens de um lago, que resolvem investir maciçamente na sua despoluição. No instante em que suas águas cristalinas estejam de volta, ninguém pode impedir que outros cidadãos (os moradores das ruas interiores) passem a ser beneficiados - reflexa e gratuitamente - pelo esforço daquele grupo de cidadãos operosos. A se negar o benefício a um cidadão apenas - provocando-se nova poluição, por exemplo - todos sofrem, concomitantemente, a mesma exclusão.¹⁴⁷

Como consequência dessa qualidade de "ser de todos e não ser de ninguém", o que se verifica na prática é que o cidadão tende a deixar que os "outros" busquem a tutela dos bens comunais, sempre que ameaçados ou danificados. Transformando-se o bem comunal, no instante de seu uso ou de sua violação localizada, em verdadeira "propriedade privada" do beneficiário-vítima, é natural que os outros titulares, embora também afetados por aquela violação específica, não se sintam motivados a proteger o interesse comunal que, circunstancialmente - naquele momento apenas -, sofre um distúrbio que é maior em relação à vítima direta do que em relação ao conjunto global dos outros beneficiários.

¹⁴⁶ McKenzie, Richard B. & Tullock, Gordon, *Modern Political Economy: an Introduction to Economics*, New York, McGraw Hill Book Company, New York, 1978, pp. 84-86.

¹⁴⁷ McKenzie; Richard B. & Tullock, Gordon, ob. cit., p. 448.

Novamente utilizemos o exemplo do lago: enquanto a poluição estiver circunscrita a áreas limitadas, os beneficiários do bem não se sentirão atacados, até que, eles próprios necessitem utilizar, direta-mente, as águas poluídas. A poluição, por este prisma - embora sendo uma ofensa ao bem de todos - é vista apenas como um problema particularizado daqueles que, ao tentarem fazer uso direto do recurso, vêm seu exercício prejudicado. Com isso,, as violações se multiplicam e o bem, em certos casos, acaba por ser destruído ou inviabilizado pela inércia de todos.

Por conseguinte, os bens comunais (e a partir deles, os direitos e interesses difusos e coletivos), criam uma forte necessidade de "personificação", como forma de estimular a sua proteção. É por isso que a ordem jurídica, de uma hora para a outra, passa a enxergar o meio ambiente como bem cuja titularidade - pelo menos para fins de seu resguardo - deve ser materializado e individualizada em alguém: o próprio Estado (União, Estados, Municípios, Ministério Público, Defensorias Públicas) ou um ente privado (associação ou cidadão isolado). Decorre daí, igualmente, a necessidade que encontra o legislador de funcionalizar, como dever, a proteção do meio-ambiente.

Nessa concepção de "concentração pessoal" de atribuições - para a tutela daquilo que é de todos - reside a fundamentação de toda a doutrina da função jurídica ambiental.

28.2 A comunalidade econômica e seus reflexos na caracterização da função jurídica ambiental

Sendo o meio ambiente, de acordo com uma visão econômica, um bem comunal por excelência, algumas conclusões poderiam ser tiradas - no intuito de resguardá-lo com *eficiência* - quanto às missões dirigidas a sua proteção e, de modo mais particular, quanto a uma possível função (ou funções) ambiental.

Primeiro, as missões tendentes a sua tutela não deveriam estar afeitas a ninguém em particular, mas a todos em geral, na medida em que se trata de bem que a todos pertence.

Ademais, ao contrário de outras missões relativas ao resguardo de *interesses públicos*, as missões ambientais - em oposição ao princípio tradicional de que a natureza pública do bem por si só quase que bastaria para criar um monopólio do Estado na tarefa de sua tutela — teriam que de passar a pessoa do Estado, começando a repousar também nos ombros de outros sujeitos, sejam estes cidadãos isolados, sejam corpos intermediários (associações).

Em terceto lugar deveria haver, ainda como conseqüência da comunalidade do bem ambiental e adotando-se um critério formal quanto à titularidade, funções ambientais exercidas pelo Estado, funções ambientais exercidas pelos corpos intermediários e funções ambientais exercidas pelos cidadãos isolados.

Finalmente, as missões ambientais, como forma de enfrentar o problema do carona, têm que ser estabelecidas como verdadeiros *deveres-poderes de exercício solidário*,¹⁴⁸ isto é, o exercício por um dos obrigados não isenta de responsabilidade os outros co-responsáveis. Como se vê, não obstante a qualidade jurídica do bem ambiental não varie - é sempre bem público de uso comum (nos termos da análise que se segue) -, não é recomendável, pelo prisma subjetivo, a existência de uma única função ambiental, concentrada nas mãos de um sujeito específico. Ela deve estar pulverizada entre diversos sujeitos, todos agindo, ao exercê-la, em proveito da comunidade, em razão, notadamente, da qualidade de comunalidade do meio ambiente. Os vários sujeitos movem-se com os olhos voltados para os interesses de terceiros, mesmo quando os benefícios decorrentes de seu esforço, reflexamente, projetam-se sobre si mesmos.

¹⁴⁸ É nesse sentido que Sérgio Ferraz faia em "co-responsabilidade" entre todos os cidadãos (art. cit.. p. 205).

Eis, então, a função ambiental, simultaneamente pública e privada. Assim, o Estado quando legisla em matéria ambiental (função ambiental estatal-legislativa),¹⁴⁹ quando gerência os recursos ambientais, exigindo e analisando Estudos Prévios de Impacto Ambiental ou realizando zoneamento ambiental (função ambiental estatal-administrativa) ou quando dirime conflitos entre interesses ambientais (função ambiental estatal-jurisdicional) sempre se impulsiona em favor do interesse da coletividade. Por isso mesmo, exerce função.

A sua vez, as associações quando ingressam em juízo para barrar um determinado projeto ou quando participam com comentários e voto na elaboração e aprovação de Estudos Prévios de Impacto Ambiental, assim atuam em prol do interesse da comunidade. Por igual, o cidadão, ao ajuizar ação popular para a proteção do meio ambiente, busca a tutela jurisdicional em proveito de si e dos outros titulares do bem comunal. Finalmente, os cidadãos, quando exercem o direito de iniciativa das leis complementares e ordinárias ambientais,¹⁵⁰ cumprem parcela de um múnus que beneficia o conjunto da sociedade como um todo. Tanto as associações como os cidadãos exercem, desta forma, mesmo que de maneira diluída, função ambiental privada.

29. A natureza jurídica do bem ambiental no Brasil e no Direito Comparado

Já fizemos menção acima que o meio-ambiente - como macro-bem e objeto da função ambiental - é *bem público de uso comum*.

Para uma correta análise da natureza jurídica do meio-ambiente - um dos temas mais modernos na Ciência do Direito – impende passar em revista, sucintamente que seja, a teoria clássica dos bens públicos.

30. Os bens públicos

¹⁴⁹ Ou, era melhor técnica, normativa.

¹⁵⁰ Constituição Federal, art. 61, § 2º.

Não se pretende trazer para o âmbito deste trabalho discussão doutrinária sobre os bens, como realidades jurídicas. É relevante, contudo, apontar a *relatividade* e a *elasticidade* do conceito de bem em sentido jurídico.¹⁵¹

Cumprido relembrar, ademais, após salientar que "bem" e "coisa" não se confundem, havendo entre ambos a relação de gênero e, espécie,¹⁵² que quanto às pessoas, titulares dos bens, estes se dividem em públicos e particulares.¹⁵³

Como se perceberá no decorrer desta exposição, o meio ambiente, como *macrobem*, é sempre bem público (de uso comum). Já na sua acepção fragmentada, como *microbem*, pode ser tanto bem público (um parque estadual pertencente ao Estado de São Paulo, por exemplo), como bem privado (uma mata de propriedade de uma particular).

31. Evolução do conceito de bem público

Ninguém mais põe em dúvida a existência de uma *dominialidade pública*, composta de bens públicos e dotada de um regime jurídico particular. Um estudo dos bens públicos deve começar pela decomposição da expressão, perquirindo-se, de um lado, sobre o que seja bem e, do outro, sobre o que se pretende dizer com o vocábulo *público*.

O termo bem, face à enorme atenção que vem merecendo no Direito Privado, não oferece grandes dificuldades de entendimento.

Nas palavras abalizadas de Clóvis Beviláqua, de acordo com "o direito, o *bem* é uma utilidade, porém com extensão maior do que a utilidade econômica", já que "no direito, há bens econômicos e bens que o não são".¹⁵⁴

¹⁵¹ Pugliatti, Salvatore, *Beni e Cose in Senso Giuridico*, Milano, Dott., A. Giuffrè, 1962, p. 61.

¹⁵² A distinção vem perfeitamente analisada por Paolo Maddalena, ob. cit., pp. 48-49.

¹⁵³ Beviláqua, Clóvis, *Teoria Geral do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980, p. 193.

¹⁵⁴ Beviláqua, Clóvis, *Teoria...* cit., pp. 165-166, grifo no original.

Outros preferem dizer que na categoria de bens jurídicos inscreve-se "a satisfação de nossas exigências e de nossos desejos, quando amparados pela ordem jurídica", ou seja, "tudo que pode ser objeto da relação jurídica, sem distinção da materialidade ou da patrimonialidade",¹⁵⁵ posto que há inúmeros bens jurídicos sem expressão patrimonial, como o estado de família, o direito ao nome, etc.

Mas qual seria o sentido do vocábulo *público* acoplado a bem para formar a expressão bem ou bens públicos?

Tal atributo ora quer dizer que o bem pertence ao Estado-pessoa ora quer significar que o bem tem como destinatário o público, daí sua natureza pública.

Em outras palavras, o atributo público tanto serve para ressaltar o prisma do Estado (como titular ao bem), como para por em relevo o prisma, do público, isto é, do administrado. Naquele sentido há, de fato, uma relação de dominialidade entre o bem e o seu titular, o Estado, Nesta; última acepção, diversamente, a relação de dominialidade é mais, difusa, já que não concentrada nas mãos de um ou de uns poucos sujeitos (nem mesmo do Estado) mas, ao revés, pulverizada no seio de toda a comunidade. Num o aspecto público tem conteúdo *dominial*; noutro, só *finalístico*.

Segundo abalizada doutrina, "bens públicos são as coisas materiais, ou: imateriais, assim como as prestações, que pertencem às *pessoas jurídicas públicas*, objetivam fins públicos e estão sujeitas a um regime jurídico especial, derogatório do direito comum".¹⁵⁶

¹⁵⁵ Pereira, Gaio, Mário da. Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense,, 1976, pp. 345-346.

¹⁵⁶ Cretellá Júnior, José, *Dos Bens Públicos no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 18, grifo nosso.

Ora, logo se percebe que o meio ambiente, a se levar tal conceito clássico ao extremo, de duas uma: ou pertenceria a uma *pessoa-jurídica de direito público interno* - e seria considerado bem público - ou não pertenceria a nenhuma das pessoas jurídicas de direito público - e não seria tido como bem público.

Logo, o meio-ambiente, como macrobem, é bem público, não porque pertença ao Estado (pode até pertencê-lo), mas porque se apresenta no ordenamento, constitucional e infraconstitucional, como "direito de todos", como bem destinado a satisfazer as necessidades de todos. É bem público em sentido objetivo e não em sentido subjetivo, integrando uma certa "dominialidade coletiva", desconhecida do Direito tradicional Público, então porque incapaz de apropriação exclusivista, porque destinado à satisfação de todos e porque, por isso mesmo, de domínio coletivo, o que não quer dizer de domínio estatal.

O certo, entretanto, é que o entendimento que o Direito hoje tem de bem público sofreu grande transformação no decorrer das duas últimas décadas.

Dentro desta evolução, a titulação clara e direta do bem nas mãos de uma pessoa jurídica de direito público interno deixa de ser necessária, assim como, em sede privada, com o desenvolvimento da teoria dos Interesses e direitos difusos, também se abandonou o requisito desta titulação concentrada (para fins, p. ex., de tutela jurisdicional).

Passou-se de um sistema de titulação individualizada para um outro sistema de titulação pulverizada e, por isso mesmo, *supraindividual*. A própria doutrina clássica, já nos idos da década de 60, ressaltava que "o *pertencerem* ao Estado não implica em serem todos os bens públicos de direito pessoal ou real no sentido das leis civis, Muitos desses bens lhe

pertencem no sentido de que são por ele administrados, no interesse coletivo".¹⁵⁷

O Estado, para atuar, faz uso de um domínio público e de um domínio privado. O bem público integrante do *domínio público* da Administração goza do atributo da *inalienabilidade*, não podendo ser alienado, transferido, cedido, doado ou transmitido a terceiro. Como consequência, é ele também dotado de *imprescritibilidade* e de *impenhorabilidade*.

32. Classificação dos bens públicos

Os bens públicos podem ser classificados de diferentes maneiras, dependendo do enfoque que deles se tenha. A classificação normalmente aceita divide os bens públicos em *de uso comum*, *de uso especial*¹⁵⁸ e *patrimoniais*.¹⁵⁹

32.1 Os bens públicos de uso comum

Em certa medida, os bens públicos de uso comum correspondem às "*res communes omnium*" dos romanos e aos bens comunais da teoria econômica: coisas insuscetíveis de apropriação individual, mas que são passíveis de utilização, individual ou coletivamente. É o ar, a "*aqua profluens*", o mar e o "*litus maris*". O termo uso comum opõe-se a *uso privado*, conformando-se este com a idéia de apropriação e de exclusão dos demais interessados.¹⁶⁰ São bens "por natureza *inalienáveis* e *imprescritíveis*".¹⁶¹

¹⁵⁷ Cretella Júnior, José. *Dos Bens...* cit., p. 21, grifo no original.

¹⁵⁸ Denominados de uso privativo por Ruy Cirne Uma (*Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 193).

¹⁵⁹ Cretella Júnior, José, *Dos Bens...* cit., p. 53.

¹⁶⁰ Na autorizada expressão de Hely Lopes Meirelles, "Uso comum do povo é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre – os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas e logradouros públicos, dos rios navegáveis, do mar e das praias naturais. Esse uso comum não exige qualquer qualificação ou consentimento especial, nem admite frequência limitada ou remunerada, pois isto importaria atentado ao direito subjetivo público do indivíduo de fruir os bens de uso comum do povo sem qualquer limitação individual. Para esse uso só se admitem regulamentações gerais de ordem

O bem de uso comum, embora possa ser utilizado individualmente, é finalisticamente voltado para a coletividade em geral e não para o indivíduo. É bem cuja utilização é facultada a "*quisque de populo*". "Ao contrário do que ocorre com o uso especial ou privativo, em que o público usuário é constituído por um público específico, representado pelos titulares dos respectivos direitos, o que evidentemente, permite individualizar o usuário, em matéria de uso comum o público não é específico, mas genérico - a coletividade, o que exclui qualquer individualização".¹⁶²

Por ser passível de utilização por "*quisque de populo*", o bem de uso comum - se deixado a sua própria sorte - poderia dar ensejo a imensos conflitos entre os cidadãos, todos igualmente titulares do direito de dele fazer uso.¹⁶³

Na doutrina clássica, a tutela dos bens públicos de uso comum - através precipuamente do poder de polícia - competia com exclusividade ao Estado. "Quanto ao sujeito ativo da proteção dominial, se o particular ou o Estado, a resposta é uma só. Cabe ao Estado, em virtude de sua natureza de órgão gestor dos interesses coletivos, a tutela dos bens públicos, afastada, portanto, qualquer possibilidade individual ou privada, com direito à "*actio*", na tutela das dependências dominiais públicas".¹⁶⁴

Já acenamos I acima, quando cuidamos genericamente da função ambiental, que o meio ambiente, embora reconhecidamente bem público,

pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações de pessoas ou categorias sociais" (Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., p. 429).

¹⁶¹ Pereira, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 383, grifo no original.

¹⁶² Cretella Júnior, José, *Dos Bens...* cit., p. 56, grifos no original.

¹⁶³ Conforme aponta o saudoso Ruy Cirne Lima, uma das características do uso comum é "que nenhum utente possa excluir outro, dada a paridade de situações entre todos. Aplicado a rigor este princípio, o uso comum do domínio público seria fonte inestancável de conflitos entre os indivíduos, já que o uso de qualquer deles constituiria, sempre, num local e num momento dados, obstáculo material ao uso dos demais. A fim de assegurar a normal distribuição, no tempo e no espaço, dos utentes, serve-se a administração da intervenção reguladora da polícia" (Lima, Ruy Cirne, ob. cit; p.193).

¹⁶⁴ Cretella Júnior, José, *Dos Bens...* cit., p. 56, grifo nosso.

rompe com o monopólio protetório do Estado, sendo que tal, em nosso ordenamento, decorre do próprio texto constitucional.¹⁶⁵ Não é pelo fato de sua natureza pública, ou mesmo de sua qualidade de "*res extra commercium*", que a tutela do meio-ambiente deve se esgotar na atividade estatal.

32.2 Os bens públicos de uso especial

Os bens de uso especial constituem uma segunda categoria de bens públicos. Neles, ao contrário do que sucede com os de uso comum, a utilização não é facultada a todos indistintamente; "mas apenas a pessoas determinadas, com base em um título particular, constituído ou pelo pagamento de uma taxa (pedágio, para o trânsito sobre algumas estradas ou pontes; direitos de ancoragem, para permanência nos portos), ou, então, pela obtenção de permissões ou licenças expedidas pela, autoridade administrativa".¹⁶⁶

É o uso que, através de um título, individual, "a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade, nas condições convencionadas. É também uso especial aquele que a Administração impõe restrições ou para o qual exige pagamento, bem como o que ela mesma faz de seus bens para a execução dos serviços públicos, como é o caso dos edifícios, veículos e equipamentos utilizados por suas repartições".¹⁶⁷

Neste sentido, podem ser definidos como "toda parte do domínio público sobre o qual determinadas pessoas exercem direitos de uso e gozo, mediante outorga "*intuitu personae*" do poder público, através dos institutos da permissão ou da concessão".¹⁶⁸ Do mesmo modo que os bens de uso comum, "os bens públicos de uso especial são inalienáveis e imprescritíveis. E, quando mais não se prestem à finalidade á que se destinam, é facultado

¹⁶⁵ Art. 225 caput.

¹⁶⁶ Cretella Júnior, José, *Dos Bens...* cit., p, 72.

¹⁶⁷ Meirelles, Hely Lopes, *ob. cit.*, p. 430, grifo no original.

¹⁶⁸ Cretella Júnior, José, *Dos Bens...* cit., p. 72.

ao poder público proprietário levantar a sua condição de inalienabilidade, e expô-los à aquisição, na oportunidade e pela forma que a lei prescrever".¹⁶⁹

32.3 Os bens públicos patrimoniais

Os bens patrimoniais são uma terceira espécie do gênero bem público e "servem, regra geral, como instrumento para que o ente público satisfaça os próprios fins, seja diretamente, afetando-os ao serviço público, seja indiretamente, trazendo-lhes um lucro", constituindo "o domínio privado do Estado",¹⁷⁰ sendo que o "seu regime jurídico aparenta sensível analogia com o regime da propriedade privada".¹⁷¹

33. O meio-ambiente (macrobem) como bem público de uso comum

Já afirmamos que o meio-ambiente, como objeto da função ambiental - na sua acepção de macrobem -, é bem público de uso comum. Deve ficar claro, porém, que tal bem, em seu sentido macro, tem um grande conteúdo de *abstração*, ao contrário dos elementos que o compõem que, via de regra, são bastante *concretos* (uma floresta, uma espécie rara, um manancial).

O certo é que os elementos que constituem o meio ambiente (como macrobem), enquanto com ele relacionados, ganham, como regra a mesma natureza pública de uso comum¹⁷² que o caracteriza. Assim, um prédio tombado ou uma floresta preservada, vistos pelo ângulo ambiental (como integrantes do conglomerado abstrato que compõe a qualidade ambiental), são bens públicos de uso comum, mesmo que para outros fins (como, p. ex., com vistas à possibilidade de sua exploração ou alienação) sejam regidos pelo regime próprio dos bens privados.

¹⁶⁹ Pereira, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 384.

¹⁷⁰ Cretella Júnior, José, *Dos Bens...* cit., p. 81.

¹⁷¹ Pereira, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 385.

¹⁷² Aqui, evidentemente, nos distanciamos da formulação tradicional das "coisas comuns que, segundo a doutrina, têm três características básicas: "a) são bens naturais renováveis; b) são indispensáveis à vida; c) prestam-se a um consumo coletivo" (cf. Rufino, Gilberto D'Avila, "Aspectos jurídicos da poluição. A questão da poluição das águas", in *RDP* 95/241-248, jul.-set./90).

Ora, esta dupla afiliação simultânea a dois regimes patrimoniais vai dar ensejo a um regime de responsabilidade civil igualmente duplo: uma atividade degradadora única pode provocar, a um só tempo, dois deveres de indenizar, valendo o primeiro para o macrobem¹⁷³ e o segundo para o microbem (com a indenização destinada a reparar os danos sofridos pelos titulares individuais da *res* afetada).

O tratamento jurídico do bem ambiental - o meio-ambiente em todos os seus matizes - como noção singular e apartada do patrimônio individual dos sujeitos, é extremamente recente, tanto no Direito estrangeiro, como no Direito brasileiro.¹⁷⁴

Hoje, a singularidade do bem ambiental, assim como sua condição de *res communes omnium* juridicamente valorizada, vêm reconhecidas em normas constitucionais e ordinárias.¹⁷⁵

Em outras palavras, a titularidade do meio ambiente, como macroconceito, pertence à coletividade (sociedade) e a sua utilização é pública, vale dizer, a ele se aplica o princípio da não-exclusão dos seus beneficiários.

Por isso se diz que o bem ambiental é público, não porque pertença ao Estado (critério subjetivo), mas porque não é passível de apropriação com exclusividade (critério objetivo), sendo, por isso mesmo, verdadeiro bem público de uso comum do povo. É bem público (em oposição

¹⁷³ Com indenização destinada ao Fundo mencionado na Lei 7.347/83, que "disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" ("Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados").

¹⁷⁴⁻¹⁷⁴ É nesse sentido que a doutrina mais moderna afirma ser o meio ambiente "bem de propriedade coletiva e bem público em sentido objetivo" (D'Orta, Carlo, "Ambiente e danno ambientale: dalla giurisprudenza della corte dei conti alla legge sul Ministero dell'Ambiente", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1987, fasc. 1, p. 92).

a bem privado)' exatamente porque é objeto de tutela que não se dá em proveito de um único indivíduo.

Veja-se que a evolução deu-se em duas vertentes.

Primeiro reconheceu-se que as "*res communes omnium*" (os elementos "*aer*", "*aqua profluens*" e "*mare*" dos romanos) tinham, em si mesmas, relevância jurídica.¹⁷⁶

Em segundo lugar, aceitou-se o meio-ambiente, em sua acepção macro, como um bem jurídico em si mesmo, *indivisível* e *unitário*, dotado de contornos próprios e de autonomia, prescindindo, ademais, de uma relação do tipo real entre o sujeito titular e o próprio bem.¹⁷⁷

Nesse contexto de superação da concepção tradicional de meio-ambiente, vale lembrar que para os romanos as "*res communes omnium*" não eram consideradas coisas em sentido jurídico e, por isso mesmo, vinham qualificadas de "*res extra commercium*".¹⁷⁸

A *qualificação jurídica* do meio-ambiente hoje se espalha por todo o mundo. Poucos serão os ordenamentos que o desconhecem como realidade jurídica distinta dos elementos (microbens) que o compõem. É verdade que divergências há quanto à abrangência dessa qualificação,¹⁷⁹

¹⁷⁶ Como acentua Ramón Martín Mateo, "o miolo da problemática ambiental moderna está na defesa de alguns fatores que, inicialmente, poderiam ter sido qualificados como *res nullius*, suscetíveis de utilização sem limite por todos os indivíduos, mas que, posteriormente, se transformaram em bens comuns sobre os quais uma maior intensidade de utilização, fruto da civilização industrial e urbana, vai ameaçar precisamente as condições indispensáveis para seu aproveitamento coletivo" (Mateo, Ramón Martín, ob. cit., p. 85).

¹⁷⁷ Salmi, Sérgio, ob. cit., p. 124.

¹⁷⁸ Pugliatti, Salvatore, Beni... cit., p. 87.

¹⁷⁹ A noção de ambiente é "camaleônica" (Prieur, Michel, *Droit de l'Environnement*, Paris, Dalloz, 1991, p. 1); é também "complexa", sendo objeto de "viva polêmica e discussão" (Salmi, Sérgio, ob. cit., p. 10). Ramón Martín Mateo, por sua vez, aponta pelo menos quatro tendências na delimitação do meio-ambiente enquanto objeto específico de uma disciplina jurídica própria (o; Direito Ambiental): uma primeira restringe seu âmbito ao entorno natural (água, ar, ruído e vegetação); uma segunda acrescenta outros elementos físicos e biológicos (monumentos históricos, solo e fauna); uma terceira adiciona aspectos como infraestruturas (habitação, transporte e aspectos sanitários); a última, finalmente, é a mais ampla, incluindo fatores culturais, como o bem-estar; a qualidade de vida, a educação e o próprio desenvolvimento (Mateo, Ramón Martín, ob. cit., p. 86). O

mas o importante é que, como categoria jurídica autônoma, o meio ambiente foi, definitivamente, incorporado pelo Direito.¹⁸⁰

No Brasil, a comunalidade do meio ambiente - originariamente um conceito econômico - foi adotada pela Constituição de 1988. Segundo seu texto, o "meio ambiente ecologicamente equilibrado" é um *bem de uso comum do povo*.¹⁸¹

Percebe-se, claramente, no texto constitucional brasileiro, que o constituinte deu ao bem ambiental uma dimensão até pouco tempo desconhecida em nosso ordenamento.

No mesmo sentido, antes mesmo da Constituição de 1988, a Lei 6:938/81 - Lei da Política Nacional do Meio-Ambiente - atribuiu ao meio ambiente a qualidade de "patrimônio público",¹⁸² com isso querendo ressaltar que seu *dominus* não é nenhuma das pessoas de direito público interno, mas, ao contrário, é a própria coletividade; É mais uma

Direito brasileiro parece adotar uma postura holística na matéria. É bem amplo o conceito de meio-ambiente estampado na Lei 6.938/81 ("Art. 3.º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", grifo nosso).

¹⁸⁰ . A Constituição sueca (Lei Fundamental — Instrumento de Governo), embora sem se referir diretamente à natureza jurídica do bem ambiental, fixa que "o objetivo básico das atividades da comunidade será o bem-estar pessoal, econômico e cultural do indivíduo. Em especial, será dever da comunidade garantir o (direito ao trabalho, à moradia e à educação, e promover a assistência social e a segurança, bem como um meio-ambiente favorável à vida" (art. 2.º). Por sua vez, a Constituição da República Popular da Polônia, atualizada até 1983, dizia que "A República Popular da Polônia garante a proteção e a conformação racional do meio ambiente natural que é um patrimônio de toda a nação" (art. 12, item 2, grifo nosso). A legislação francesa estabelece expressamente a natureza pública do interesse ambiental "La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des especes animales et végétales, le maitien des equilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt general" (Lei n.º 76-629 de 10.7.76, art. 1.º, grifo nosso). Em Portugal, o legislador, em vez de ressaltar o traço do interesse geral, ou público, preferiu fazer referência à magnitude do interesse ambiental, como direito universal, vale dizer, que ele pertence a todos e a ninguém com exclusividade: "Todos os cidadãos têm direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender, incumbindo ao Estado, por meio de organismo próprios e por apelo a iniciativas populares e comunitárias, promover a melhoria da qualidade da vida, quer individual, quer colectiva" (Lei 11/87, de 7.4.87 - Lei de Bases do Ambiente -, art. 1.º).

¹⁸¹ Art. 225, *caput*.

¹⁸² Art. 2.º, inciso I.

manifestação da concepção de meio-ambiente como bem público de uso comum.

34. O meio-ambiente como bem público autônomo e unitário

A questão da individualização¹⁸³ do meio-ambiente como um bem jurídico "per se" tem grandes implicações na formulação do Direito Ambiental, particularmente no que tange à disciplina do dano ambiental.

Sendo possível vislumbrar-se tal tipo de bem - como macro-realidade abstrata e distinta dos elementos que o compõem -, dando-se-lhe relevância jurídica, é factível, então, que, em caso de ataque, busque-se uma indenização específica para *aquela* bem e não apenas para os prejuízos causados, em sua realidade corpórea proteiforme, isto é, nos rios, nas represas, num determinado edifício histórico, numa propriedade privada afetada, numa mata etc. O meio ambiente, como bem público (em sentido objetivo), teria sua contrapartida: o dano público (ou difuso), independente e distinto do dano individual.

José Afonso da Silva, o magnífico jurista da Universidade de São Paulo, já sublinhou que a qualidade do meio-ambiente, como condicionante da própria qualidade da vida, transforma-se, nos tempos modernos, "num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornara num imperativo do poder público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento".¹⁸⁴

O bem ambiental, portanto, é público porque está à disposição de todos os cidadãos - daí ser bem de uso comum - e porque corresponde a uma *finalidade pública*. Em consequência, sua tutela tem um caráter também público e pertence não só ao Estado mas à coletividade também. Além disso, o bem ambiental é patrimonial porque suscetível de avaliação

¹⁸³ Para Salyatore Pugliatti, a individualização "é aquela operação através da qual se determina um bem jurídico enquanto tal, isto é, uma entidade jurídica objetiva unitária e autônoma" (Pugliatti, Salvatore, *Beni...* cit., p. 175).

¹⁸⁴ Silva, José Afonso da, ob. cit., p. 436.

econômica.¹⁸⁵ Finalmente, Ihe são de todo alheios os conceitos tradicionais de propriedade (apropriação privada ou mesmo pública, em sentido subjetivo) e de materialidade.¹⁸⁶

Mas seria possível realmente identificar-se o meio-ambiente como um bem com *unidade e identidade* próprias, ou seja, como "*nova res*" distinta dos incontáveis elementos que compõem sua litosfera, atmosfera, hidrosfera, biosfera e antroposfera?

A natureza do bem ambiental, *pública*¹⁸⁷ - enquanto realiza um fim público ao fornecer utilidade a toda a coletividade - e *fundamental* - enquanto essencial à sobrevivência do homem -, é uma extensão do seu núcleo finalístico principal: a valorização, preservação, recuperação, e desenvolvimento da fruição coletiva do meio ambiente, suporte da vida humana. Em síntese, o zelo, como conceito integral, pela *qualidade do meio-ambiente*.

É sobre este conceito básico de "qualidade ambiental" que se funda o reconhecimento de uma noção unitária e macro de meio-ambiente (identidade esta desvinculada das suas manifestações materiais) e a aceitação de uma tutela ambiental igualmente unitária sob o prisma jurídico.

¹⁸⁵ É certo que, em certos casos, especialmente em sede de recursos naturais, é muito difícil a avaliação concreta do bem ambiental. Em conseqüência, não é fácil quantificar o valor real de eventual dano ambiental. Mas o reconhecimento dessa dificuldade de avaliação ou quantificação econômica do bem ambiental não implica dizer que não possua ele valor econômico.

¹⁸⁶ D'Orta, Carlo, art. cit., pp. 71 e 75.

¹⁸⁷ Saliente-se que o vocábulo "público" aqui utilizado o é na acepção própria do Direito Administrativo, referindo-se mais ao conceito de bem do que propriamente ao de interesse. Público em oposição àquilo que é privado, isto é, passível de apropriação individual. Público porque orientado a uma finalidade de utilização pública. A ressalva é importante porque largos setores da doutrina mais moderna, especialmente os processualistas, distinguem os interesses em públicos, difusos, coletivos e individuais. A fórmula que permite compatibilizar a nomenclatura das duas disciplinas é a de que o meio-ambiente, como macrobem, é bem público de uso comum, enquanto que o interesse ambiental, como reflexo exterior deste, é difuso. Assim porque, como muito bem assinala Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, em brilhante estudo, "o objeto do interesse tanto pode ser um bem como um valor" (Ferraz. Antônio Augusto de Camargo, "Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor", in *Justitia* 137/50, 1987, jan.-mar.).

Logo, o meio-ambiente, embora como interesse (visto pelo prisma da legitimação para agir) seja uma categoria *difusa*, como macrobem jurídico é de natureza pública. Como bem - enxergado como verdadeira "*universitas corporalis*" – é¹⁸⁸ não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental.¹⁸⁹

Assim, o meio-ambiente é bem, mas bem como *entidade* que se destaca dos vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais o *valor* relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa.¹⁹⁰

Uma definição como esta de meio-ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos:¹⁹¹ é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável.

Há uma tendência - equivocada - a se enxergar o bem ambiental como pertencente a uma das pessoas jurídicas de Direito Público interno, seja ela a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios. Segundo tal tese, o bem ambiental seria público em sentido subjetivo, ou seja, propriedade de um dos entes estatais.

O bem ambiental, todavia, portador de identidade própria e enxergado como macrobem, não se aferra a nenhum destes sujeitos públicos. Como já dito, é bem público, só que em sentido objetivo, isto é, como patrimônio de toda a coletividade. Tanto isso é verdade que qualquer indenização proveniente de dano ao meio-ambiente, como macrobem, não se destina aos cofres públicos, sendo, ao revés, posta à disposição do Fundo

¹⁸⁸ Maddalena, Paolo, ob. cit., p. 76.

¹⁸⁹ D'Orta, Carlos, art. cil., pp. 90-91 e 111.

¹⁹⁰ Maddalena, Paolo, ob. cit., pp. 76-77.

¹⁹¹ D'Orla, Carlo, art. cit., p. 92.

mencionado pela Lei 7.347/85.¹⁹² Dê qualquer modo, esta não é uma solução que destoa de outros sistemas jurídicos alienígenas, mesmo os mais apegados a uma visão individualista de propriedade.¹⁹³

Pensar diversamente é enxergar o bem ambiental de forma distorcida, muitas vezes fundada, é certo, até na norma constitucional.¹⁹⁴

Mas a determinação constitucional de uma dominialidade estatal para certos elementos que compõem o meio-ambiente não afeta o nosso raciocínio. Conforme já salientado, o bem ambiental - como qualidade

¹⁹² Art. 13.

¹⁹³ Mesmo, no Direito norte-americano, profundamente influenciado pelo conceito de propriedade individual, a recentíssima doutrina do natural resource damage permite indenizações por danos causados à "terra, peixes, vida silvestre, biota, ar, água, lençol freático, suprimentos de água potável, e outros recursos que pertençam, sejam administrados, mantidos em confiança, concernente ou de qualquer outro modo controlado pelos Estados Unidos ..., qualquer dos Estados ... qualquer governo estrangeiro ... ou qualquer tribo indígena" (Lei CERCLA - Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act). Note-se que o Estado pode, com base em tal doutrina, buscar reparação por danos sofridos em algo que supera a órbita de seu domínio. A base para tal doutrina - embora não afirmada no Direito norte-americano - estaria assentada nas mesmas premissas da nossa concepção de meio ambiente como macrobem. De se ressaltar, ainda, que só o governo federal ou os governos estaduais têm legitimidade (para buscar tal reparação, sendo que os valores auferidos são destinados a um fundo específico, o chamado superfund. Veja-se que o conceito de "recursos naturais" no sistema americano diz respeito "a tudo que não é obra do homem" (anything not man-made). Neste sentido, é mais restrito do que aquele que pretendemos para "meio ambiente" conforme definição da Lei 6.938/81 (art. 3º, I). As dificuldades de avaliação dos danos aos recursos naturais são imensas. Não se pode, entretanto, confundir dificuldade de avaliação dos prejuízos com carência de dano. Para uma melhor compreensão do sistema norte-americano nesta matéria, v., entre outros, os seguintes trabalhos: Breen, Barry, "CERCLA's natural resource damage provisions. What do we know so far?", in *Environmental Law Reporter, News & Analysis*, v. XIV, n. 8, pp. 10.304-10.310; Yang, Edward J., "Valuing natural resource damages: economics for CERCLA lawyers", in *Environmental Law Reporter, News & Analysis*, v. XIV, n. 8, pp. 10.311-10.317; Kenison, Howard, Buchholtz, Carolyn L., e Mulligan, Shawn P., "State actions for natural resource damages: enforcement of the public trust", in *Environmental Law Reporter, News & Analysis*, v. XVII, n. II, pp. 10.434-10.440; Olson, Erik D., "Natural resource damages in the wake of the Ohio and Colorado decisions: where do we go from here?"; in *Environmental Law Reporter, News & Analysis*, v. XIX, n. 12, pp. 10.551-10.557.

¹⁹⁴ V., p. ex., que o art. 20, da Constituição Federal de 1988, lido sem esta cautela, pode levar à conclusão de que boa parte dos bens ambientais são de propriedade da União, já que diz serem bens desta "III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II; V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos".

ambiental e como macroconcepção - não se confunde com seu suporte material, seja ele o mar, um lago, um rio, um sítio histórico etc.

Dizer-se que o meio-ambiente é um bem público de uso comum não implica desconhecer que os elementos que o compõem, quando perquiridos isoladamente, se filiam a regimes jurídicos múltiplos, ora como - na acepção do Código Civil - bens de propriedade pública,¹⁹⁵ ora como bens privados de interesse público, ora como meros bens privados.

Já vimos acima, todavia, que o traço público de uso comum *contamina* os elementos que compõem o meio-ambiente (como macro-bem), contaminação esta que ocorre *apenas* em relação ao valor ou *interface* ambiental do bem.

Por exemplo, uma peça arqueológica ou artística integrante do patrimônio privado de uma pessoa, uma vez reconhecida sua aptidão como bem ambiental, seja por sua beleza excepcional, seja por sua raridade, passa, pelo enfoque meramente ambiental - sem qualquer alteração do vínculo de domínio -, a ser considerada parte de um todo (meio-ambiente em seu sentido macro) que é tido por bem público de uso comum. Aí está a *contaminação*, operação esta que, muitas vezes, sequer cria um direito para os cidadãos de "tocar", "ver" ou mesmo "desfrutar diretamente" do bem. Em alguns desses casos, a natureza pública de uso comum se satisfaz com a simples afirmação da *preservação* do bem para as gerações futuras.

É verdade que autores de renome preferem caracterizar o bem ambiental como sendo de interesse público¹⁹⁶ e não, como pregamos,¹⁹⁷ de

¹⁹⁵ Bens públicos em sentido subjetivo como, p. ex., os elencados no art. 20, da CF.

¹⁹⁶ É o caso do mestre José Afonso da Silva - nos passos do ensinamento de Salvatöre Pugliatti (Beni... cit., p. 57) - cuja lição exemplar afirma, que "a doutrina vem procurando configurar outra categoria de bens: os bens de interesse público, na qual se inserem tanto os bens pertencentes a entidades públicas como bens dos sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim público ... ficam eles subordinados a um peculiar regime relativamente ao seu gozo e disponibilidade (vínculos de destinação, de imodificabilidade, etc; direito de preleção da administração etc), e também a um particular regime de polícia, de tutela pública. Essa disciplina pública dos bens privados condiciona a atividade e os negócios a ele relativos, sob várias modalidades", com dois objetivos: controlar-lhes a circulação jurídica ou controlar-lhes o uso, de onde surgem as

uso comum do povo. Tal categoria leva em consideração a impregnação do bem com uma *finalidade de interesse público*¹⁹⁸.

De qualquer modo, no confronto com o Direito Ambiental mais recente, a concepção original de bens de interesse público permanece doutrinariamente válida, especialmente no que tange ao enfoque subjetivo, ou dominial, da questão. Com ela se evita discussões difíceis acerca da "utilização coletiva" de certos bens eminentemente privados. É que a teoria do "uso público" aplica-se tanto aos bens pertencentes ao Estado (os rios, p. ex.), como aos bens pertencentes aos particulares (unia paisagem, p. ex.).¹⁹⁹

No caso brasileiro, tendo a Constituição de 1988 e a legislação ambiental a ela, anterior *individualizado e publicizado* o bem jurídico meio-ambiente, passa ele, então, a ser, *objetivamente* falando, bem público de uso comum. A Lei 6.938/81 não deixa qualquer dúvida a este respeito: considera, expressamente, "o meio ambiente como um *patrimônio público*".²⁰⁰

Em sentido subjetivo, porém, analisando-se a titularidade dos *elementos proteiformes* (coisas ou valores) que compõem o meio-ambiente - podem ser eles públicos (de propriedade das entidades públicas) ou privados (de propriedade dos particulares). Assim, com base neste último enfoque, quando se diz que o meio-ambiente é bem de interesse público, o que em verdade se pretende afirmar é que seus elementos componentes — visualizados anatomicamente, como mar, rio, floresta, ar, monumento histórico, gleba com cobertura florestal -, mesmo quando pertencentes a particulares, submetem-se a um regime especial: o do interesse público.²⁰¹

duas categorias, de bens privados de interesse público: os de circulação controlada e os de uso controlado" (Silva, José Afonso da, ob. cit., p. 439).

¹⁹⁷ Até por força de mandamento constitucional (art. 225, *caput*).

¹⁹⁸ Pugliatti, Salvatore, *Beni...* cit., p. 57.

¹⁹⁹ Maddalena, Paolo, ob! cit., p. 66.

²⁰⁰ Art. 2º, I, grifo nosso.

²⁰¹ É assim que deve ser entendida a manifestação do Prof. José Afonso da Silva.

Em suma, o regime de propriedade da coisa que compõe o complexo do bem ambiental é o mais variado. Tal não influi, contudo, no regime jurídico e na titularidade do bem ambiental, visto em sentido macro.²⁰² Em sua macrorealidade abstrata, o meio-ambiente é sempre bem público de uso comum. Diversamente, em sua micro-percepção o meio-ambiente é visto como um conglomerado de elementos proteiformes submetidos, em uma análise simplificada, a dois regimes básicos de titularidade dominial: o público (no sentido de propriedade do Estado) e o privado. Este último gravado com a qualidade de interesse público.

No Brasil, a Constituição, ao disciplinar o meio-ambiente, "bem de uso comum do povo", não faz qualquer distinção, pelo prisma subjetivo, da titularidade do domínio, entre as diversas categorias de propriedade dos seus elementos.

Em sentido inverso, a natureza pública do bem ambiental traz enormes reflexos no regime interno da coisa individual que o compõe. Tanto assim é que, ainda no caso do Brasil, a ordem econômica e financeira limita-se pelo princípio da "defesa do meio ambiente".²⁰³ Esta e tantas outras limitações atuam sobre a coisa de interesse ambiental. É que, ao lado da funcionalização social da propriedade, com o novo texto, constitucional deu-se também sua funcionalização ambiental ("função" aqui em sentido diverso daquele utilizado no decorrer, deste trabalho).

De qualquer modo, antes de toda a: reforma ambiental que se processou nos países industrializados e no Brasil a partir da Lei 6.803/80²⁰⁴, não era possível a individualização de um bem jurídico ambiental "*tout court*". Tanto assim que, no plano processual, o Ministério Público, representante por excelência do interesse público, não tinha legitimidade para defendê-lo. Não se negava que o meio-ambiente fosse bem da vida,

²⁰² D'Orta, Carlo, art. cit., p. 93.

²⁰³ Art. 170, VI.

²⁰⁴ Lei do Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição.

objeto de interesse individual ou coletivo. Recusava-se a ele, todavia, a qualidade de bem dotado de juridicidade própria.²⁰⁵

No Direito brasileiro, sendo os bens "os valores materiais ou imateriais, que servem de objecto a uma relação jurídica"²⁰⁶ e, recusando-se ao meio-ambiente a condição de bem jurídico, impediu-se a formação de relação jurídica apta a pleitear tutela. Com isso, a devastação ecológica não encontrou, por muitos séculos, qualquer óbice.

35. Conseqüências da natureza pública do bem ambiental

A principal conseqüência da adoção de uma qualidade pública de uso comum para o bem ambiental é a sua *indisponibilidade*. O Estado e o particular não podem dispor do bem ambiental, em seu sentido macro e (visto como qualidade ambiental, ou, nos termos da Constituição de 1988, como "meio ambiente ecologicamente equilibrado").

Tal tem implicações profundas no processo civil no que tange à transação nas ações ambientais. Aquilo que Lúcia Valle Figueiredo disse acerca do interesse público em geral aplica-se inteiramente ao bem ambiental: o princípio da indisponibilidade é corolário lógico é o princípio da supremacia do interesse público.²⁰⁷ Poderíamos então, afirmar que o princípio da indisponibilidade do bem; ambiental é decorrência natural do princípio de sua supremacia na ordem jurídica.

Em complementação à indisponibilidade, o bem ambiental também é *inalienável* pelo menos no novo regime constitucional. A ninguém é lícito em tal raciocínio, vender, p. ex., "permissões" para poluir, já que isto indiretamente, significaria alienação do próprio bem ambiental.

Portanto, o Poder Público só pode licenciar atividade poluidora quando, mesmo com "a melhor tecnologia existente", ainda assim atividade

²⁰⁵ D'Orta, Cario, art. cit., p. 85.

²⁰⁶ Bevilacqua, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1984, p. 269.

²⁰⁷ Figueiredo, Lúcia Valle, *Empresas...* cit., p. 22.

não consegue eliminar totalmente sua lesividade ao meio ambiente. Do contrário, o Poder Público, ao licenciar; estaria, pela via transversa, dispondo, para não dizer alienando, parcela daquilo que, constitucionalmente, não está na sua órbita de disposição: a qualidade ambiental.

Como conseqüência da inalienabilidade, o bem ambiental é também impenhorável e imprescritível. Assim, p. ex., a ninguém é lícito "adquirir" o direito de poluir sob o fundamento de que já o faz ininterruptamente há anos sem que o Estado o importune.

36. Conclusão

Em conclusão poderíamos dizer que o Direito, finalmente, dá mostras de interesse pela questão ambiental, interesse esse que passa, necessariamente, - através da criação de instrumentos legais e órgãos de atuação - pela intervenção na esfera econômica.

Nada há de novo nessa concepção que enxerga a lei regulamentando o funcionamento da economia e o comportamento dos cidadãos na exploração e utilização de recursos escassos. Em particular, no que tange à problemática ambiental, o nosso sistema constitucional, expressamente, dispõe que a ordem econômica, entre outros princípios, deve observar a defesa do meio ambiente.²⁰⁸

Novidade é, em primeiro lugar, a elevação da questão ambiental ao patamar constitucional,²⁰⁹ como "vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio-ambiente envolvem proposta de retorno à barbárie".²¹⁰

Novidade também é "a criação de burocracias equipadas com sanções legais para regulamentar a vida econômica. Os órgãos estatais,

²⁰⁸ Constituição Federal, art. 170, VI.

²⁰⁹ Como no Brasil, através dos arts. 170, VI, 225, da CF.

²¹⁰ Grau, Eros Roberto, *A Ordem Econômica...* cit., p. 255.

especialmente criados para controlar um segmento particular da atividade econômica, gozam, em geral, de vastos poderes para estabelecer e implementar parâmetros de conduta".²¹¹ É aí que nasce e se identifica claramente a função ambiental estatal. Novidade é, também, a concessão aos particulares, de poderes para imiscuir-se, igualmente, no tratamento que a atividade econômica dê à questão ambiental.

De qualquer modo, a questão ambiental, embora tenha recebido sede própria (o Direito Ambiental), ainda integra a esfera de preocupações do Direito Administrativo, particularmente face ao reconhecimento desta função ambiental estatal-administrativa.

A chamada função ambiental depassa a órbita do Estado e chama o cidadão, individual ou coletivamente, para exercer algumas de suas missões. Tal se dá em decorrência da qualidade comunal do bem ambiental e, especificamente no caso brasileiro, como decorrência também do mandamento constitucional.

Vislumbra-se, então, um despertar ecológico no País. Acorda a sociedade, acorda o legislador e, confia-se, acordará o administrador e o juiz. É a administração condominial do meio-ambiente, exercitada sob o amparo do Direito. Mas não só, já que, como se sabe, a norma, isoladamente, na ausência de um certo "consenso social prévio"²¹² e mecanismos eficientes de implementação, não produz seus efeitos desejados. Ninguém está excluído e a ninguém é lícito excluir-se do dever-poder de proteger o meio-ambiente.

Não há, em matéria ambiental, qualquer imunidade, a não ser a da própria vida - a nossa, a dos nossos semelhantes e a dos seres que nos cercam -, assim como a da beleza, conceito abstrato, seja ela dos seres vivos ou não, dos bens corpóreos ou não. Aqui fazemos coro com Édis Milaré no sentido de que todos esperamos "que essa nova mentalidade resulte

²¹¹ Hawkins, Keith, *Environment and Enforcement*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 18.

²¹² Mateo; Ramón Martín, ob. cit., p. 11.

numa política clara e abrangente, que envolva a atuação conjunta de governo e comunidade e que trate de coibir as agressões incoseqüentes e continuadas ao meio ambiente".²¹³

Realmente, se o homem "quer sobreviver, fatalmente terá de reconsiderar o seu modo de vida e de pensamento, terá de modificar fundamentalmente o seu comportamento para com o nosso ambiente. A era do desperdício, da negligência, da imprevidência, deve suceder a era da economia (no sentido original do termo), da planificação ecológica, enfim e sobretudo ... da solidariedade com os nossos contemporâneos e ... com as gerações futuras. Sonho, ilusão, utopia, tudo isso ... ou antes promessa de sucesso e ... de felicidade?".²¹⁴

É a nossa pergunta.

²¹³ Miteré, Edis, ob. cit., p. 19.

²¹⁴ Lorenz, Konrad, in Council of Europe, *Uma oportunidade para a natureza: a Convenção de Berna*, Estrasburgo, Comissão Européia para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, 1984, p. 7.