

DIREITO ADQUIRIDO EM MATÉRIA AMBIENTAL. SERÁ? ¹

Marli Teresinha Deon Sette²

Carlos Teodoro J. H. Irigaray³

Sumário

1 INTRODUÇÃO	4
2 MEIO AMBIENTE	6
2.1 Ambiente equilibrado: um direito humano fundamental	7
2.2 Como os bens e serviços ambientais se diferenciam dos bens privados.....	9
3 DIREITO ADQUIRIDO	14
3.1 Noções preambulares	15
3.2 Conceitos e limites relacionados ao Direito Adquirido	18
3.3 Direito Adquirido em matéria ambiental	22
4 CASOS JURISPRUDENCIAIS QUE ENVOLVEM MEIO AMBIENTE E DIREITO ADQUIRIDO	26
5 CONCLUSÕES	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	31

¹ Artigo escrito em janeiro de 2015.

² Doutoranda em Direitos Humanos e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Pará – DINTER UFPA/UFMT, mestre em Gestão Econômica do Meio Ambiente pela Universidade de Brasília UnB, possui graduação em Direito pela Universidade de Cuiabá e graduação em Ciências pela Fundação Alto Uruguai para Pesquisa e Ensino Superior de Erechim/RS. E-mail: marlids@hotmail.com

³ Professor Associado da UFMT. Doutor em Direito pela UFSC. Mestre em Direito e Estado pela PUC-RJ. Professor do Programa de Mestrado em Direito Agroambiental da UFMT. Procurador do Estado de Mato Grosso. E-mail: teodoro.irigaray@gmail.com

RESUMO: A dinâmica social compele o Estado a produzir cada vez mais normas, as quais, às vezes, precisam operar modificações com efeitos pretéritos. Isso pode causar conflitos com as leis que vigoravam anteriormente e levar a questionamentos sobre o que fazer com os direitos que eram garantidos pela lei anterior. A retroatividade ou a irretroatividade da norma encerra, entre outros efeitos da escolha, a proteção dos direitos adquiridos, instituto diretamente ligado ao princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Direito. O Objetivo deste artigo é fazer uma análise de jurisprudências dos Tribunais superiores do Brasil e da Corte Americana para verificar como o Poder Judiciário tem se posicionado em relação à arguição do direito adquirido decorrente de alterações legais e/ou casos que envolvam conflitos de exercícios de direitos que estejam relacionados de algum modo à matérias do Direito Ambiental. Espera-se encontrar um posicionamento jurisprudencial para decidir casos que envolvam conflitos ambientais com outras garantias constitucionais. A pesquisa é de cunho bibliográfico, abordagem qualitativa, objetivos exploratórios e analíticos e método hermenêutico de estudos de caso e interpretação de leis de maneira sistêmica.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente - Conflitos de leis no tempo - Direito adquirido - Segurança jurídica - Casos jurisprudenciais.

ACQUIRED RIGHTS IN ENVIRONMENTAL MATTERS. WILL IT BE?

ABSTRACT: The social dynamic compels the State to produce more and more norms, which sometimes need to make modifications with past effects. This can cause conflicts with the laws that were in force before and lead to questions about what to do with the rights that were guaranteed by the previous law. The retroactivity or non-retroactivity of the norm ends, among other effects of choice, the protection of acquired rights, an institute directly linked to the principle of legal certainty, one of the pillars of Law. The purpose of this article is to make an analysis of jurisprudence from Brazil's Superior Courts and the American Court to verify how the Judiciary has been positioned in relation to the accusation of the acquired right due to legal changes and / or cases involving conflicts of rights exercises Which are related in some way to matters of Environmental Law. It is hoped to find a jurisprudential position to decide cases that involve environmental conflicts with other constitutional guarantees. The research is bibliographic, qualitative approach, exploratory and analytical objectives and hermeneutical method of case studies and interpretation of laws in a systemic way.

KEYWORDS: Environment - Conflicts of laws in time - Acquired rights - Legal certainty - Jurisdictional cases.

Derecho adquirido en materia de medio ambiente. ¿En serio?

RESUMEN: La dinámica social obliga al Estado a producir cada vez más normas, las cuales, a veces, tienen que hacer cambios con efectos de tiempos anteriores. Esto puede provocar conflictos con las leyes que se aplicaban anteriormente y dar lugar a preguntas sobre qué hacer con los derechos que les fueron garantizados por la ley anterior. La retroactividad o irretroactividad de los extremos de la regla, entre otros efectos de la elección, la protección de los derechos adquiridos, instituto directamente relacionado con el principio de la seguridad jurídica, uno de los pilares de la ley. El objetivo de este artículo es el análisis de la jurisprudencia de los tribunales superiores de Brasil y de la Corte Americana para ver cómo el poder judicial se ha posicionado en relación con la reclamación del derecho adquirido que surge de los cambios legales y / o los casos de conflictos de derechos de ejercicios que están relacionados de alguna manera con el derecho ambiental. Esperábamos encontrar una posición jurisprudencial para decidir los casos de conflictos ambientales con otras garantías constitucionales. La investigación es la naturaliza bibliográfica, enfoque cualitativo, exploratorio y fines analíticos y el

1 INTRODUÇÃO

É da natureza do ser humano “*a busca incessante por novas realizações. Mal realizamos um objetivo e já estamos montando novos projetos*” (DEON SETTE, 2014, p. 1). Também é da natureza humana a minimização da preocupação com os efeitos que os seus “novos projetos” e seus atos irradiam.

Por isso, é imperativo que tanto as ações individuais, quanto as praticadas em grupos tenham uma forma de controle capaz de garantir a coexistência entre os seres humanos e tudo aquilo que os cerca. Isso tem sido feito pelo direito, uma das funções do Estado, o qual, devido à rapidez das mudanças decorrentes das novas necessidades, se vê obrigado a editar cada vez maior número de leis para acompanhar a evolução social.

Em regra essas leis novas são obrigatórias a partir do momento em que são editadas, respeitado o período de *vacatio legis* (irretroatividade). No entanto, em inúmeras situações há necessidade de que sejam operadas modificações com efeitos direcionados também para o passado (retroatividade). Tanto na primeira, quanto na segunda hipótese mencionadas, quais sejam efeitos futuros ou pretéritos, em inúmeras situações abroham conflitos com as leis que vigoravam anteriormente. Este fato é chamado de conflito de leis no tempo.

Quando isso acontece, surgem questionamentos sobre o que fazer com os direitos que eram garantidos pela lei anterior, especialmente quanto à sua supressão ou modificação. A retroatividade ou a irretroatividade da norma encerra, entre um dos efeitos da escolha, também a proteção dos direitos adquiridos, instituto diretamente ligado ao Princípio da segurança jurídica.

Quer seja pela própria conotação do termo direito adquirido, quer pela sua ligação ao princípio da segurança jurídica, a arguição do “direito adquirido” é frequente no meio jurídico. No entanto, não raras vezes isso é feito de maneira não muito preocupada com o conceito do que venha a significar e qual o alcance do instituto do direito adquirido.

Em verdade, estabelecer um conceito preciso, capaz de delimitar o significado e abrangência do denominado direito adquirido tem se revelado uma tarefa difícil. O que é o direito adquirido? Qual o seu núcleo essencial? A constituição federal traz ao menos critérios para a conceituação de direito adquirido? É possível e viável uma delimitação teórica que encerre um conteúdo delimitado e certo do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro? Ou, é adequado e necessário que ele (direito adquirido) seja examinado em cada caso *in concreto*? A natureza dos interesses tutelados - se um direito essencialmente privado ou se um

interesse público, coletivo ou difuso – deve ser considerada como um dos critérios para se decidir acerca do direito adquirido?

Não obstante tantas incertezas, o que se tem como certo é que a garantia do direito adquirido não pode ter o condão de impedir que a legislação evolua, seja modificada ou revogada, mas, tão somente garantir que haja a manutenção dos efeitos individuais e concretos da legislação alterada ou suprimida, sempre levando em conta a observação da realidade social existente.

Uma das áreas das ciências jurídicas em que as mudanças legais têm provocado inúmeras discussões acerca do direito adquirido é a área do Direito Ambiental. Com efeito, não raras vezes as normas ambientais sobrevindas acabam por confrontar-se com direitos que, em tese, estão constitucionalmente protegidos sob o manto do “direito adquirido”, fato que, em muitos casos, provoca a intervenção do Judiciário.

Daí reassalta a importância deste estudo e a pertinência da discussão acerca do direito adquirido em conflitos que envolvam direito ambiental, na medida em que se fará uma análise de alguns casos da jurisprudência dos tribunais superiores do Brasil e da Corte Americana com o objetivo de verificar como o Poder Judiciário tem se posicionado em relação à arguição do direito adquirido decorrente de alterações legais e/ou casos que envolvam conflitos de exercícios de direitos que estejam relacionados de algum modo a matérias do direito ambiental.

Para tanto, é fundamental que previamente se estabeleçam as premissas sobre as quais se assenta o instituto “direito adquirido”.

Para que se possa chegar ao escopo do estudo é importante iniciar com uma análise das disposições internacionais e nacionais que caracterizam o meio ambiente equilibrado como direito humano, bem como assinalar quais são as principais características que diferenciam este direito dos direitos essencialmente privados para que se possa entender as peculiaridades da aplicação, ou não aplicação do direito adquirido, em relação a matéria ambiental.

Em seguida, pesquisar estudos que tenham como finalidade entender o que é e qual a extensão da garantia chamada de direito adquirido e, especialmente, verificar as tendências da interpretação daqueles que realizam o estudo da aplicação do direito adquirido em situações que envolvem conflitos ligados ao meio ambiente equilibrado e outras matérias/garantias, como, por exemplo, direito de propriedade.

Com tais concepções estabelecidas, o estudo faz a análise de alguns casos da jurisprudência dos tribunais superiores do Brasil e da Corte Americana. Por fim, algumas conclusões são apresentadas.

Tem-se como certo que um artigo não é capaz de *per si* elucidar o assunto, e que o trabalho, inevitavelmente, deixará perguntas sem respostas, como, por exemplo, análise acerca da natureza jurídica do direito ambiental, discussões aprofundadas acerca dos limites conceituais do instituto do direito adquirido, reflexos acerca do Princípio da segurança jurídica e a questão do direito intertemporal, estabelecimento de premissas capazes de facilitar a compreensão de como se deve avaliar o direito adquirido quando envolver matéria ambiental, meios que facilitem linhas de raciocínio e interpretação capazes de simplificar o estudo do conteúdo ético, político, social, jurídico, econômico das normas legais e constitucionais relativas aos direitos adquiridos e sua repercussão na sustentabilidade ambiental, entre outros.

No entanto, não obstante tais omissões espera-se que o texto contribua para o debate sobre o melhor modo de interpretar os conflitos que envolvam direito adquirido em discussões de matérias ligadas ao direito ambiental, mormente porque este ramo do direito busca a manutenção do equilíbrio ambiental/ecológico, essencial tanto para as presentes quanto para as futuras gerações.

2. MEIO AMBIENTE

Nesse tópico, duas análises se revelam de suprema importância, primeiramente entender juridicamente como o meio ambiente equilibrado se insere como direito humano e fundamental, para em seguida identificar as peculiaridades que diferenciam os bens e serviços ambientais – meio ambiente - daqueles bens essencialmente privados e, até mesmo, daqueles bens com características de privados, mas que por pertencerem ao Estado são chamados de bens públicos.

2.1 Ambiente equilibrado: um direito humano fundamental⁴

O direito ao meio ambiente equilibrado não aparece expressamente previsto como direito humano na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). No entanto, uma leitura hodierna, com as concepções daquilo que atualmente é escasso ou gera conflito, revela que meio ambiente se insere na declaração em dispositivos como os artigos XXII⁵ e XXV⁶, que tratam de direitos sociais, saúde, bem-estar, e, especialmente, no artigo I, que ao mesmo tempo em que garante que as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos e são dotadas de razão e consciência, impõe a todos a obrigação de agir com fraternidade.

Tal entendimento se impõe, porquanto a percepção da escassez ambiental (quantitativa e qualitativa) ocorreu posteriormente à própria elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim como outros direitos que também foram se revelando preocupantes posteriormente à elaboração da declaração, tais como os direitos da mulher, da criança e do adolescente, dos portadores de deficiência, entre outros. Com efeito, a escassez ambiental foi se revelando uma preocupação progressiva ao longo dos anos, quer pelos problemas surgidos em decorrência do mau uso dos recursos ambientais, quer pelo aumento da capacidade dos seres humanos de avaliar a importância de um ambiente equilibrado para vida humana.

A percepção da importância da tutela ambiental vem sendo defendida por estudiosos como, por exemplo, Cançado Trindade (1993, p. 23) que há algumas décadas vem afirmando que é necessário um tratamento sistematizado que associe a proteção ambiental aos temas de direitos humanos por entender que ambos afetam “*em última análise os rumos e destinos do gênero humano*”.

A menção expressa relativamente ao ambiente equilibrado no contexto internacional surgiu na Conferência de Estocolmo em 1972, com a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Falando da temática ambiental tratada em Estocolmo, Dinaura Godinho

⁴ Esta seção tem como principal referência a seção 2.2 do trabalho apresentado no XXIII CONPEDI por: DEON SETTE, MARLI T. **Direito Humano ao Ambiente Equilibrado ou à Propriedade Plena**. In: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI. Direito Internacional II. 2014. XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPA. João Pessoa – PB. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 395-415. ISBN 978-85-68147-89-4. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a192d499623a7b07>> . Acesso em: 13 fev. 2015.

⁵ DUDH, artigo XXII: “*Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade*”.

⁶ DUDH, artigo XXV: “*1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, (...)*”.

Pimentel Gomes (2011, p. 83-84) inclui o direito ambiental entre os direitos sociais e afirma que os direitos humanos foram alargados para:

alcançar também aqueles que se assentam sobre a fraternidade, tais como, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, entre outros. É nesse contexto que ficou expressamente reconhecido pela Declaração de Estocolmo de 1972, que todo homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e condições adequadas de vida, em um ambiente de qualidade que lhe permita uma vida de dignidade e bem-estar.

Aliás, vida com dignidade e bem-estar são direitos que necessariamente perpassam pelo direito ao ambiente equilibrado. Não se pode olvidar que “*por trás da ideia de dignidade humana está a ideia de ‘bem-viver’, ideia que ninguém aceitaria que fosse definida unicamente em termos formais e abstratos*” (BOHÓRQUEZ MONSALVE e AGUIRRE ROMÁN, 2009, p. 45). Assim, não teria sentido defender o direito à vida, sem defender um ambiente em condições tais que a vida pudesse ser minimamente vivida com dignidade. De fato, o ambiente equilibrado se constitui em elemento fundamental para realização da ideia de vida, “*sadia qualidade de vida*”, “*bem-viver*” e, nesse contexto deve figurar como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, se constitui em direito humano.

Como a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969 assegura a aplicação do direito mais amplo *pro homine* (artigo 29), é dado concluir que, em que pese a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (conhecida por Pacto de San José da Costa Rica) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 – não possuem em seus textos previsão expressa de direito de cunho ambiental, desde a Declaração de Estocolmo de 1972 o direito ao meio ambiente equilibrado configura como direito humano⁷ quer pela perspectiva de sua utilidade ao ser humano (visão antropocêntrica), quer pelo seu próprio valor em termos de natureza e possibilidade de sua manutenção (visão ecocêntrica), ou, ainda, nos dizeres Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 60), pela “*perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana redimensionado numa perspectiva ecológica*”.

No Brasil, o direito ao ambiente equilibrado é direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, que ao tratar da ordem social (título VIII), incluiu um capítulo próprio para abordar a questão ambiental (VI) e, em seu artigo 225 dispôs que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à

⁷ Oportuno consignar que a natureza de direito humano conferida ao meio ambiente equilibrado não é tão evidente para autores como Malcolm N. Shaw (2010, p. 623).

coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225).

Assim, esse direito “humano fundamental” – ambiente equilibrado - deve ser garantido tanto às presentes quanto às futuras gerações, por meio do que Rawls (2008)⁸ chama de “poupança” da geração precedente para a posterior para que haja “justiça entre gerações”. A efetivação de tal direito precisa, necessariamente, que as escolhas do presente não acarretem consequências insuportáveis para o futuro. Ou seja, que as escolhas sejam pautadas pela ideia de que o bônus ambiental que recebemos da geração anterior se constitui em ônus no sentido de obrigação de transferi-lo às gerações futuras nas mesmas condições que hoje dispomos, sob pena de, negando esse direito humano, tornar insustentáveis as consequências para as vidas futuras (LUMERTZ e VIEIRA, 2012, p. 134).

2.2 Como os bens e serviços ambientais se diferenciam dos bens privados⁹

O objetivo desta seção é traçar algumas considerações que evidenciam diferenças fundamentais entre os bens e serviços ambientais (meio ambiente em geral) com os bens essencialmente privados e até mesmo os bens com características de bem privado, mas que por pertencerem ao poder público são chamados de bens públicos.

Ab initio é importante lembrar a definição legal de meio ambiente dada pela legislação brasileira, Lei 6.938/1981, que no art. 3º, I, dispõe que meio ambiente é “*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*” (BRASIL, 1981).

Nos termos do conceito legal, o meio ambiente pode ser considerado um macrobem de natureza incorpórea e imaterial, como assinalam Benjamin e Morato Leite¹⁰; sendo que nessa acepção, os recursos que permitem a existência da vida integram a categoria de bens ambientais, conforme pondera Benjamin¹¹:

Assim, o meio ambiente é bem, mas, como entidade, onde se destacam vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais

⁸ Não obstante a importância de se aprofundar sobre este assunto, faz-se aqui um “corte” para manter o foco do trabalho e remete-se o leitor interessado à leitura do artigo apresentado no XXIII CONPEDI por: DEON SETTE, MARLI T. **Justiça Entre Gerações de John Rawls: Herança Ambiental e o Problema do Direito Adquirido e do Retrocesso Legal.** In: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI. Direito e Sustentabilidade I. 2014. XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB. João Pessoa – PB. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 437-455, ISBN 978-85-68147-77-1. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b52d310fcbd748b5>>. Acesso em: 13 fev.2015.

⁹ Esta seção tem como base principal o capítulo 2 do livro de: DEON SETTE, MARLI T. **Manual de Direito Ambiental.** 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 2014. p. 35-47. ISBN 978-85-362-4656-7.

¹⁰ BENJAMIN, A. H. V. [Coord.] **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 73; LEITE, J. R. M. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 85.

¹¹ Idem, p. 75

=o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa. Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável.

Outro aspecto a ser ponderado, concernente a definição legal é de que o conceito aparentemente não abrange todos os aspectos do meio ambiente, na medida em que o legislador atribui maior relevância ao meio ambiente natural, embora se possa considerar que as condições que regem a vida, inclua também a dimensão cultural. De todo o modo, visando clarificar, o conceito pode ser ampliado para abarcar outros elementos do meio ambiente, considerando-o como conjunto de elementos naturais e culturais, suas interações, bem como as condições, princípios, leis e influências, que permitem e condicionam a existência da vida em todas as suas formas. Enquanto macrobem, o meio ambiente compreende os fatores bióticos (plantas, vegetais, animais e microorganismos), os fatores abióticos (ar, água, minerais e energia), sem os quais os primeiros não sobrevivem e também o fator cultural, que inclui a ação humana sobre o ambiente (aí incluído o meio ambiente artificial e também o ambiente do trabalho).

Ainda falando sobre o conceito legal de meio ambiente, é relevante esclarecer, inclusive para entender alguns questionamentos que serão formulados quanto à aplicação da garantia do direito adquirido em situações que de alguma forma possam afetar o meio ambiente, a parte final do conceito normativo “*permitem, abrigam e regem a vida em todas as suas formas*”. Os esclarecimentos perpassam, necessariamente, por algumas perguntas, tais como: A quem a norma ambiental serve? Quais seus destinatários e objeto de sua proteção? Com o ambiente por si só? Apenas com o homem, ou com todas as formas de vida?

As respostas partem da interpretação do Princípio 1¹² da Declaração do Rio de Janeiro Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 que revela que o homem é o “centro das preocupações” com o desenvolvimento sustentável. Ora, se o homem é o centro, deve existir uma periferia. Sim, porque no entorno de um centro sempre há uma periferia e, se essa periferia não for efetivamente protegida, ela poderá agonizar, retirando do homem a possibilidade de continuar a ser o centro. Ou seja, essa visão permeia a ideia de que não é possível pensar a proteção da natureza apenas em função do próprio homem, mas, sim, em função do homem e dos valores que a natureza contém em si mesma.

¹² Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Princípio 1: “*Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza*”.

É inegável que, além dos fatores abióticos (ar, água, minerais e energia) e bióticos (plantas, vegetais em geral, os animais e os microorganismos) que compõem um ecossistema natural, existe também o fator cultural, ou seja, o sistema ambiental sofre necessariamente a influência da ação humana.

É uma visão que, ainda que por via reflexa acabe por colocar o homem como destinatário da norma, também valoriza a interdependência entre os seres humanos e os elementos da natureza, bem como, valoriza a natureza de *per si*. Esse deve ser ponto de partida para uma visão integrando homem e natureza, como elementos interdependentes, mesmo porque o homem é parte da natureza. Nessa perspectiva, conhecida como antropocentrismo alargado, a proteção à natureza, deve ser assegurada por meio de princípios, regras e práticas que contribuam para manter o equilíbrio ecológico do sistema, independente da utilidade imediata que possam ter para o ser humano, ou o valor que possam ter para o mercado. Destarte, não só a vida humana, mas também todas as formas de vida são destinatárias da norma ambiental, inclusive, aqueles componentes que, embora não tenham “vida” no sentido de “ser vivo”, sejam essenciais à sadia qualidade de vida.

Esses bens e serviços, chamados de bens ambientais possuem características bastante peculiares que os tornam “diferentes” dos bens privados e até mesmo daqueles bens com características de bens privados, mas que por pertencerem ao Estado são chamados bens públicos.

A primeira das características é a transindividualidade ou supraindividualidade na medida em que se trata de um tipo de bem que, ao mesmo tempo em que a todos pertence, a ninguém pertence de forma individual. O próprio preceito constitucional que trata do meio ambiente dispõe ser ele um “bem de uso comum do povo”. Assim, ao fazer uso de um bem ambiental, o agente deve respeitar os ditames legais de forma a permitir que todos os outros possam gozar dos benefícios ambientais. Aliás, os bens ambientais são bens em relação aos quais o direito de propriedade sofre profundas limitações. Em virtude dessa dificuldade, as pessoas não racionalizam as suas decisões como o fariam em relação aos seus bens privados, pois, a rigor, o pensamento é “*se eu não usar, outro vai usá-lo*”. Exemplo disso é o caso clássico descrito no texto *The Tragedy of the Commons*.¹³ Nessa obra Hardin tomou como exemplo a metáfora de uma pastagem comum sobre-explorada pelos membros de uma comunidade que adicionavam mais animais ao seu rebanho, concluindo que a liberdade em

¹³ HARDIN, Garret. **The Tragedy of the Commons**. (1968). Disponível em: <<http://www.marliambiental.com.br/aluno/estudo/THE-TRAGEDY-OF-THE-COMMONS.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

relação a recursos comuns gera a ruína de todos. Certamente que esse modelo simplificado não leva em consideração as experiências exitosas de gestão comunal de bens coletivos, nem tampouco o fracasso de experiências de gestão pública e privada de bens de interesse comum.

O fato é que os bens transindividuais (ou supraindividual), dependendo da circunstância, podem ser vistos ora com características de bens públicos¹⁴, ora com características de bens privados¹⁵. Para melhor entendimento, vamos citar uma situação prática: um recurso ambiental quando está disposto livremente na natureza, como a água em um córrego, por exemplo, é um bem com características de bem público, no entanto, quando a mesma água é captada para dentro de uma indústria para ser utilizada na produção de seus bens privados, ela passa a ter característica de bem privado, ou seja, o seu uso pela indústria priva as demais pessoas de usá-lo ao mesmo tempo.

Outra característica dos bens ambientais é a essencialidade, na medida em que não seria possível sequer a própria existência dos humanos sem os recursos ambientais em quantidade e qualidade. Isso é fácil de perceber quando pensamos em recursos ambientais como: a água, o ar, a própria vegetação que viabiliza a qualidade do ar, os bens utilizados para a alimentação, entre tantos outros. Na realidade, o meio ambiente é um bem tão essencial para a vida quanto o alimento e a saúde. Não é possível imaginar os alimentos sendo produzidos sem que bens e serviços sejam fornecidos pelo meio ambiente. É pouco provável que pessoas permaneçam saudáveis em meio a um ambiente degradado, poluído, sujo. Além disso, o meio ambiente também possui a característica da Indivisibilidade, na medida em que não se pode dividir, fracionar de acordo com decisões de mercado¹⁶. Isso significa, em suma, que “bens ambientais, ou todos possuem, ou ninguém possui”. É algo similar à segurança, em que não adianta dar toda a proteção para uma parte da população e nada para a outra, pois, em algum momento, uma acaba se tornando refém da outra. No caso dos bens e serviços ambientais, não há como visualizar um indivíduo podendo respirar ar puro e outro, no mesmo espaço geográfico, ar poluído.

Também deve se considerar como peculiaridade dos bens ambientais as consequências que sobre eles exerce a poluição, que tem efeitos cumulativos e sinérgicos, gerando sequelas imprevisíveis. O efeito cumulativo ocorre sempre que se depõe no ambiente

¹⁴ Bens públicos são bens não divisíveis (não rivais), e, o que é mais importante, o consumo por um indivíduo não prejudica as possibilidades de consumo dos demais (não excludentes).

¹⁵ Bens privados são aqueles com consumo divisível, geralmente voluntário, que trazem satisfação apenas para o seu consumidor e cujo ato de consumo individual implica um sacrifício para os demais indivíduos.

¹⁶ A palavra mercado é utilizada no sentido de economia de mercado ou, então, de sistema econômico de oferta e demanda.

resíduos poluentes em quantidade maior do que a capacidade de resiliência do próprio ambiente, na medida em que aquela poluição que o ambiente não for capaz de absorver/transformar fica ali deposta e, como o ato de deposição de poluentes é repetido cotidianamente, os “restos” vão se somando dia após dia com efeito multiplicativo, tendo em vista que o “resto” do dia anterior já era marginal¹⁷ à capacidade de resiliência do ambiente. E, os efeitos sinérgicos¹⁸ decorrem do fato de que os seres humanos não têm o controle das reações químicas e físicas decorrentes do encontro das diferentes poluições que são liberadas na natureza, especialmente as atmosféricas, que não respeitam fronteiras.

Acresça-se que os efeitos da poluição no meio ambiente não respeitam fronteiras porque, ao contrário do que ocorre com a maioria dos danos causados em relação a outros bens ou áreas de atuação, os efeitos dos danos causados ao meio ambiente não se atêm à linha tradicional das “fronteiras” de um território. É fácil entender isso quando pensamos nos efeitos cíveis de uma batida de carro em que os efeitos do dano são sentidos dentro dos chamados limites territoriais previstos nas legislações. No entanto, quando se trata de danos ambientais, não há como limitar seus efeitos ao território onde eles são produzidos, quer se pense em município, estado ou mesmo em país¹⁹.

Outra característica relevante é a impossibilidade de individualização das vítimas do dano ambiental, diferentemente do que ocorre com o dano comum (privado ou público). Enquanto este atinge uma pessoa ou um conjunto individualizado de vítimas, aquele atinge, necessariamente, uma coletividade difusa de vítimas, mesmo quando alguns aspectos particulares da sua danosidade atingem individualmente certos sujeitos.

Há ainda características como irreversibilidade ou difícil reparação e valoração dos danos ambientais, fatos que impõem a necessidade de se prevenir os danos. No entanto, estas características, não obstante de importância inquestionável, dispensam maiores análises para os fins deste trabalho.

¹⁷ Marginal significa o incremento adicional. Utilidade marginal significa a utilidade proporcionada pelo consumo de uma unidade adicional. Custo marginal significa o custo adicional pelo consumo de uma unidade a mais. No caso do texto, o termo marginal é empregado no sentido de que a cada dia sobra no ambiente uma quantidade adicional de resíduos que não são absorvidos pelo ambiente.

¹⁸ Sinergia é o efeito resultante da ação de vários agentes que atuam da mesma forma, cujo valor é superior ao valor do conjunto desses agentes se atuassem individualmente.

¹⁹ Caso típico é o da poluição atmosférica decorrente da fumaça das queimadas ou da poluição das fábricas ambientalmente incorretas. Se isso ocorre no estado de Mato Grosso, por exemplo, os efeitos ambientais podem afetar qualquer outro estado no Brasil, como também qualquer outro país, na medida em que não existem meios de controle hábeis a conduzir a poluição para determinado ponto. Aliás, esse movimento é completamente autônomo da vontade humana. Em virtude disso é que o mundo tem dado muito mais atenção – e cobrado muito mais – à questão ambiental do que a outros aspectos, isso porque a ação ou inação de um governante (executivo, legislativo e judiciário) em relação às políticas públicas ambientais gera efeitos na esfera de outros governantes.

Por todas as características mencionadas, o bem ambiental é chamado de bem difuso, que é aquele bem que diz respeito à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não podem dele dispor sem afetar a coletividade. É um bem que não pode ser fracionado, nem pela sua natureza, nem pela lei e muito menos pela vontade das partes. É igualmente indivisível em relação aos titulares, pois não é pertencente nem ao Estado nem ao particular, mas sim, à coletividade, representada pelas presentes e futuras gerações, sendo todos esses detentores do direito de uso de tal bem. Ademais, os titulares são ligados por circunstâncias de fato. Destarte, são bens diferenciados, que não se confundem nem com os bens privados nem com os públicos, no sentido convencional.

Em suma, bens ambientais são bens difusos, de uso comum do povo, indisponíveis e insuscetíveis de apropriação absoluta.

Relevante mencionar que o meio ambiente é tutelado pelos direitos de terceira dimensão (ou geração)²⁰ em que o titular não é o homem individualmente, mas toda a coletividade e seu fundamento basilar é a ideia de solidariedade (atual e intergeracional), que visa a manter as relações do homem com a natureza.

Não menos relevante para esta seção é lembrar que os princípios que regem o Direito Ambiental são princípios que irradiam de sua essência a proteção e a sustentabilidade do meio ambiente, bem difuso e de uso comum do povo, dentre os quais destacamos os seguintes, que guardam pertinência com o tema em exame²¹: Princípio do Direito Humano Fundamental, Princípio do Desenvolvimento Sustentável, Princípio da Equidade, Princípio da Responsabilidade Social, Princípio da Função Socioambiental da Propriedade, Princípio da Prevenção e da Precaução, Princípio do Equilíbrio e do Limite e Princípio da Proibição do Retrocesso.

3 DIREITO ADQUIRIDO

Para entender as hipóteses de aplicação, ou não, do direito adquirido em matéria ambiental, é necessário antes tecer algumas considerações sobre o conceito e limites do direito adquirido e sua relevância na seara do Direito Ambiental.

²⁰ O reconhecimento à integridade do meio ambiente como direito fundamental de terceira geração foi devidamente dimensionado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 22.164/1995, proferido pelo Ministro Celso de Mello²⁰, julgamento este que faz eco nas decisões hodiernas, a exemplo da ADI 3540 MC/2005, relatada pelo Ministro Celso de Mello e da ADI 4029/2012, relatada pelo Ministro Luiz Fux.

²¹ Não obstante a importância de se conceituar cada um dos princípios, estes encontram-se amplamente debatidos pela doutrina nacional. Tais conceitos são também abordados na seção 3.8, do capítulo 3 do livro de Deon Sette (2014. p. 60-83)

3.1 Noções preambulares

A sociedade moderna é dominada pela busca incessante de inovações, dado que é da essência do ser humano o desejo contínuo por novas realizações. Isso exige constante evolução na produção de bens e serviço, no modo de viver, no comportamento cultural, etc. Também é da essência do ser humano a dificuldade em abrir mão da realização dos seus desejos.

Como nem sempre a realização dos desejos de cada um é possível sem que terceiros sejam afetados, se faz impositiva a existência de um ente central capaz de regular a coexistência entre os seres humano e deles com tudo aquilo que os cerca. No entanto, este ente central também deve ter o seu próprio poder limitado para não se tornar arbitrário. Isso é feito pelo Estado, por meio de uma de suas funções que é edificar o direito.

Nesse passo, sem entrar em discussões acerca do que é o estado ou estado de direito, como ele se relaciona com o direito e como este o limita, se por meio de normas²², de princípios²³ ou de ambos²⁴, citaremos um singelo pensamento de Bobbio, que evidencia que o Estado de Direito, na essência, significa duas coisas: o governo que legisla e ao mesmo tempo se submete as normas. Vejamos:

Governo per leges ou mediante leis gerais e abstratas e governo sub lege ou submetido às leis, acrescentando ainda que, de qualquer forma, a lei no Estado de Direito deve ser fruto da vontade geral, entendida em sentido amplo (BOBBIO, 1992, p. 25)²⁵.

Embora deva se destacar a relevância dos princípios na aplicação do direito, é indubitável a necessidade de normas que contribuam para a concretização da paz e da justiça social, sendo imperativo ressaltar esta função do Estado.

Imperioso ainda registrar como preâmbulo que nos estados que possuem constituição, esta, além de advir da vontade popular em que “o Princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado Constitucional [...] o poder político deriva dos cidadãos” (CANOTILHO, 1998, p. 31), não pode ser vista apenas como uma simples lei

²² Como defendem, por exemplo, Alexander, Larry e Kress, Kenneth (2004, p. 40) ao afirmar que “os princípios jurídicos não podem existir, exceto talvez como entidades teoricamente possíveis, mas praticamente inertes”.

²³ Que tem em Dwokin (2003) um dos seus grandes defensores.

²⁴ Interessante registrar que autores notadamente positivistas como Hans Kelsen, admitem que “Ao lado das normas jurídicas de vez em quando são também admitidas proposições fundamentais do Direito ou Princípios de Direito como partes integrantes do ordenamento jurídico” (KELSEN, 1986, p. 145).

²⁵ Na mesma página o doutrinador ensina que: “Resumidamente, caracterizam o governo *per leges*: a) a generalidade da norma, imperativa para todos os sujeitos ao ordenamento; b) a abstração da lei, que deve referir-se a situações nas quais qualquer pessoa possa encontrar-se; c) a norma deve decorrer da vontade geral, evitando-se governos absolutistas ou autoritários. Estes três elementos configuram o potencial garantista da lei enquanto forma jurídica, pois enquanto geral e abstrata responde às exigências da igualdade e enquanto fruto da vontade geral atende à exigência de liberdade (entendida como autonomia)”.

incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual, mas, sim, “*Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o primado do direito do Estado de Direito encontra uma primeira e decisiva expressão*” (CANOTILHO, 1998, p. 239).

O registro da importância de se observar a hierarquização normativa é fundamental porque entendemos que ela (Constituição) é um dos primeiros passos que devem ser utilizados para solucionar uma das consequências da produção do direito pelo Estado, qual seja, o conflito de leis.

O conflito acontece especialmente porque as mudanças na sociedade ocorrem de maneira tão dinâmica que o Estado tem editado um número cada vez maior de leis sem que consiga acompanhar a evolução social.

Em regra, essas leis novas são obrigatórias a partir do momento em que são editadas, respeitado o período de *vacatio legis* (Teoria da irretroatividade). No entanto, em inúmeras situações há necessidade de que sejam operadas modificações com efeitos direcionados também para o passado (Teoria da Retroatividade)²⁶. Tanto na primeira, quanto na segunda hipótese mencionada, quais sejam efeitos futuros ou pretéritos, em inúmeras situações abroham conflitos com as leis que vigoravam anteriormente. Este fato é chamado de conflito de leis no tempo²⁷.

Quando isso acontece, surgem questionamentos sobre o que fazer com os direitos que eram garantidos pela lei anterior, especialmente quanto à sua supressão ou modificação. Afinal, um dos pilares do Direito é a segurança jurídica, que, na essência garante que os efeitos produzidos por uma norma permanecem mesmo depois que ela deixa de existir. Ou, dito de outra forma, a segurança jurídica dá aos cidadãos a sensação de que podem confiar que os seus atos, bem como as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, praticadas ou tomadas nos termos das normas jurídicas vigentes à época em que ocorrem, possuem efeitos duradouros, fato que, em tese, inviabilizaria a produção de normas retroativas, alteração de casos julgados e irrevogabilidade de direitos por novas leis.

²⁶ A questão do direito intertemporal é um tópico importante, no entanto nos limitamos apenas a esclarecer que retroatividade é quando a norma produz efeitos para trás e irretroatividade quando seus efeitos são produzidos apenas a partir de sua edição, e deixamos de nos aprofundar em teorias sobre direito intertemporal neste trabalho para poder manter o foco principal.

²⁷ Registre-se que existem conflitos entre leis que não são necessariamente conflitos de leis no tempo, mas da própria dinâmica da construção normativa num mesmo período em matérias diferentes, mas que se inter-relacionam. Mas, deixamos de aprofundar estes assuntos por ser impossível de tratá-lo neste artigo, dada a complexidade do assunto.

Mas, não se pode olvidar que as conquistas jurídicas não são intocáveis. A sociedade muda, evolui e por corolário lógico, as leis mudam, evoluem. E, como não há como produzir somente normas que só produzam efeitos para frente, porque algumas exigem efeito retroativo sob pena de perderem o próprio significado (como, por exemplo, a Lei que aboliu a escravidão²⁸), o conceito de Segurança jurídica não pode ser absoluto conforme afirma Silva (1999, p. 433) ao descrevê-la como

[...] conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Observe-se que o doutrinador fala em “relativa certeza”. De fato, a segurança jurídica envolve uma construção com uma série de requisitos doutrinários e práticos, mas em nenhuma discussão ela se revela absoluta. Em alguns momentos pode ser subjetiva, em outros, objetiva. Para alguns coletiva, para muitos social, para outros individual. Pode ser difícil, utópica, necessária, ou mesmo retrograda. Como princípio mostra sua superioridade, mas também apresenta-nos a concepção de colisão, fazendo surgir as interpretações axiológicas.

Um dos principais efeitos da segurança jurídica é a questão dos direitos adquiridos, direitos estes que representam um dos conflitos, quiçá o mais relevante, decorrentes da dinâmica de produção de normas, assunto que nos debruçaremos a analisar no tópico seguinte.

Antes, porém, é importante mencionar que esta estrutura de Estado, a produção de normas, o surgimento de conflitos, etc., envolve não só a administração, mas também o legislador e o poder judiciário, aos quais cabe buscar meios de garantir a soberania democrática, a soberania constitucional, a garantia das liberdades garantidas pelo conjunto dos direitos humanos e a entrega aos cidadãos dos direitos que melhor lhe façam justiça e melhor atendam à realidade social existente. E isso, na sociedade em que vivemos, não tem como ser feito apenas a partir da produção de normas, mas exige também a observância dos princípios.

Aliás, este é um assunto que os mais renomados doutrinadores têm chamado a atenção. Vejamos um dos exemplos:

O sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem), como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito, e que estes são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos (CANOTILHO, 1992, p. 175).

²⁸ Não faria sentido que ela só se aplicasse a fatos futuros e mantivesse na condição de escravos todos aqueles já vivos sob tal condição.

Dworkin é ainda mais incisivo. Ele afirma que o positivismo é direito de regras, mas que os direitos humanos trazem para o direito regras de moralidade por meio de princípios²⁹ e que "*a parte mais decisiva de um argumento jurídico é o seu elemento moral*" (DWORKIN, 2010, p. 253). Afirma, ainda, tratando especificamente da atuação judicial, que para que uma decisão seja justa e deixe a discricionariedade em cada caso concreto, é necessário que os princípios tomem posição central, ao que ele chama de "direito como integridade". Na sua acepção, segundo o direito como integridade, "*as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade*" (DWORKIN, 2003, p. 272).

Essas considerações se fizeram imperativas para que se possa "aceitar" argumentos que serão expostos e que relativizam o direito adquirido.

3.2 Conceitos e limites relacionados ao Direito Adquirido

O berço do direito adquirido está na esfera do direito privado, tendo surgido com o objetivo de proteger interesses privados. Isso é pacífico. Nem tão pacífica é a compreensão do que pode ser considerado direito adquirido. Há heterogeneidade, ambiguidade, ausência de consenso conceitual e terminológica. Há dúvida inclusive de sua existência e em reconhecendo-a sobre seus limites.

Horta (1995, p. 70 e 265) cita Leon Duguit como exemplo de doutrinador que lhe negava a existência e defendia também que só nas situações jurídicas objetivas (situações gerais e permanentes) se poderia aplicar a retroação da lei e, as situações subjetivas (a exemplo dos contratos) não retroagiriam. Entretanto, a grande maioria defende a sua existência e até lhe dão sentido demasiado amplo.

Fato é que historicamente estas dúvidas existem e persistem até hoje. Veja-se, por exemplo, o que diz, já na década de 50, o ministro Orozimbo Nonato (1951, p. 20)³⁰ no texto de um acórdão que envolve a discussão acerca do direito adquirido, oportunidade em que explica que o conhecimento da existência do direito adquirido "*se erige em dificuldades e se adensa de dúvidas graves*".

²⁹ Dworkin fala que os direitos humanos servem para balizar se o estado está respeitando direitos sociais, políticos, etc, com observância dos princípios de igual consideração e autorrespeito.

³⁰ "*PROJEÇÃO RETROOPERANTE DA LEI. DIREITO ADQUIRIDO. REVOGAÇÃO DA LEI. QUESTÃO COMPLEXA INAJUSTAVEL A MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DO "WRIT"*". (MS 1447, Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/09/1951, ADJ DATA 10-08-1953 PP-02353 DJ 01-11-1951 PP-10653 EMENT VOL-00062 PP-00010).

Apesar das dificuldades conceituais, certo é que as referências advindas do direito comparado demonstram o não absolutismo da aplicação do direito adquirido. Com efeito, no Direito Espanhol, Castro y Bravo (1949, p. 651-652) ensina que ao tratar da aplicação da lei nova com efeitos retroativos, a doutrina e a jurisprudência daquele país admitem leis com efeitos retroativos,

“ainda que não declarado em cláusula expressa, distinguindo os casos em que a retroatividade poderá decorrer de cláusula especial ou da interpretação do texto da lei. Ainda segundo este autor se inclui nesta segunda categoria, denominada por ele de irretroatividade por declaração tácita da lei, as disposições de natureza interpretativa e as que repelem situações anteriormente constituídas, por incompatíveis com os fins morais e sociais da lei”.

Em relação ao direito Alemão, Horta (1995, p. 269) cita que Paul Roubier ao analisar o do Código Civil alemão de 1900, monumento do Direito Privado qualificou de,

“surpreendente o silêncio em relação ao princípio da não retroatividade das leis. Mutismo intencional, que a Exposição de Motivos justificou, sustentando que toda lei pode, e mesmo deve, determinar os limites de sua ação no tempo. Na ausência de texto exposto, a Exposição de Motivos recomendava ao intérprete buscar na lei a regra que dispusesse sobre os limites de seus efeitos no tempo”.

Não obstante a continuidade da controvérsia acerca do assunto ainda quando restrito ao direito privado, em momento posterior o debate sobre o direito adquirido ultrapassou a fronteira da esfera privada e passou a fazer parte das preocupações e a ter a contribuição também dos doutrinadores chamados publicistas, inaugurando sua presença nos textos constitucionais, embora como princípio-reflexo. Horta (1995, p. 271) informa que

“O princípio do direito adquirido, que a doutrina “civilística concebeu como projeção da irretroatividade das leis, não ingressou direta e imediatamente na Constituição. Também na ordem constitucional a primazia coube ao princípio da irretroatividade, que se converteu em regra da Constituição, enquanto o direito adquirido se comportava como princípio-reflexo daquele, sem dispor da incorporação ao plano da norma constitucional”. Essa inserção constitucional ocorre, inicialmente, no constitucionalismo ocidental, com a Constituição norte-americana de 1787³¹.

No Brasil, a preocupação com a necessidade de proteção em face de leis com disposições que contemplem efeitos pretéritos remonta à primeira Carta Constitucional (1824) e, salvo na Constituição de 1937, integrou todas, ainda que nas duas primeiras (1824 e 1891) como princípio-reflexo da garantia de irretroatividade das leis.

Considerando os propósitos do presente estudo, será feita abordagem específica sobre o tratamento dado aos Direitos Adquiridos apenas em relação à Constituição Federal de 1988.

O Direito Adquirido - assim como o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – é uma

³¹ O artigo 1º, Seção 9, em sua cláusula 3, veda ao Congresso aprovar *Bill of attainder* ou lei *ex post facto* (*No Bill of attainder or ex post fact law shall be passed*). “Na lição dos intérpretes da Constituição norte-americana, o *bill of attainder* é o ato legislativo que impõe uma pena sem processo judicial e a lei *ex post facto* a que torna criminoso o ato realizado antes de sua sanção e que era reputado inocente na época de sua prática. A irretroatividade da Constituição norte-americana é de natureza criminal, vedando leis penais retroativas (HORTA, 1995, p. 271).

garantia prevista no capítulo I, do Título II, da Tutela Constitucional, que versa sobre os direitos e garantias individuais, onde está assegurado que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (art. 5º, inc. XXXVI). Os três institutos mencionados estão diretamente ligados ao Princípio da Segurança Jurídica e estão abarcados pelo inciso IV, do § 4º, do artigo 60, da CF/88 que tornou cláusula pétrea os direitos e garantias individuais.

Mas, vale destacar, os direitos adquiridos não são cláusulas pétreas, mas, sim, garantia enunciada no artigo 5º da CF/88 e, por isso, não suprimível, não abolível por emenda constitucional, mas passível de delineamento de seus contornos pela via constitucional.

Não obstante a expressa menção ao instituto do direito adquirido, a CF/88 não o define, não o conceitua, não lhe dá os contornos e limites. Sobre o assunto, ela apenas trata da não retroatividade da Lei penal, quando esta não beneficiar o réu (CF, artigo 5º, XL).

É a Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro - LINDB³² (BRASIL, 2002), que, destaque-se, trata da introdução do Direito Privado, que afirma que “*consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem*” (art. 6º, § 2º).

Destarte, por estar a definição inserida no ordenamento infraconstitucional, esta não vincula o legislador constitucional aos seus limites, nem tem o condão de retirar do plano constitucional a disposição sobre o alcance e o conteúdo do direito adquirido, não obstante, como retro afirmado, isso ainda não tenha sido feito, exceto em relação a lei penal.

A doutrina é que tenta suprir esta função. Na obra “A Teoria della Retroattività delle Leggi”, Francesco Gabba (1891, p. 191) disse que direito adquirido é todo aquele que preencha duas premissas: a) seja consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo; e b) que tenha entrado imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu, nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina.

O pensamento tradicional da doutrina brasileira a respeito do assunto está bem representado na lição de Caio Mário da Silva Pereira (1961, p. 125),

“Direito adquirido, in genere, abrange os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados,

³² Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade.”

Uma leitura inicial nos leva a entender que o direito adquirido é uma espécie de direito subjetivo definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do titular, que pode estar ou não estar necessariamente consumado, sendo, pois, exigível na via jurisdicional se não cumprido pelo obrigado voluntariamente. Por esta visão, a regra é a de que o titular do direito adquirido extrairá os efeitos jurídicos elencados pela norma que lhe conferiu o direito, mesmo que surja nova lei contrária à primeira, bem como continuará a gozar dos efeitos jurídicos da norma, mesmo depois da sua revogação. Assim, a rigor, o titular do direito adquirido está protegido de futuras mudanças legislativas que regulem o ato pelo qual fez surgir seu direito.

No entanto, é importante lembrar o que se afirmou retro no sentido de que há entendimento no sentido de que somente nas situações subjetivas (a exemplo dos contratos) não poderia retroceder a lei, nas subjetivas, poderia.

Do exposto, retiramos a essência que, inclusive, vai ao encontro dos propósitos deste trabalho, no sentido de que emenda constitucional pode atingir limites ao Direito Adquirido e que este pode ser relativizado.

Há um texto escrito em 1995, por José Eduardo Martins Cardozo que reflete com clareza a essência a que nos referimos, vejamos:

Reconhece, portanto, o próprio texto constitucional, de forma plena, a impossibilidade de sobrevivência do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, contra o expresso texto de norma constitucional em contrário. (...) O que não pode ser modificado é o direito individual que todos possuem de não ter por lei nova, isto é, por norma jurídica introduzida pelo legislador infraconstitucional, a realização de ofensas a seus direitos adquiridos, ou a outros direitos subjetivos gerados por atos jurídicos perfeitos ou por uma decisão judicial imodificável. A norma do art. 5º XXXVI não está voltada ao legislador constitucional. Este poderá continuar por via de novos dispositivos a estabelecer exceções à regra geral. Desta forma, jamais poderá o legislador fazer aprovar emenda constitucional que estabeleça a possibilidade de uma norma legislativa hierarquicamente subordinada à Constituição vir a prejudicar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada, em uma dada matéria ou campo do direito atingido pelo princípio do art. 5º, XXXVI, da nossa magna carta. Assim, por exemplo, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Brasileira, jamais poderia ser admitida uma emenda que autorizasse o legislador ordinário a modificar, com efeitos retroativos, as regras pactuadas em certos tipos de ajustes contratuais já legalmente estabelecidas pelas partes, em período anterior ao do início da vigência desta própria lei ordinária a ser editada. Todavia, nada impediria que o legislador constitucional, por via de uma emenda, viesse diretamente, de forma expressa, a modificar igualmente, com efeitos pretéritos, estas mesmas regras (CARDOZO, 1995, p. 313/314).

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirele (2008. p. 137) sustentou que do absolutismo individual evoluímos para o relativismo social, ao afirmar que os Estados Democráticos, como o Brasil inspiram-se nos princípios de liberdade e de solidariedade humana, daí porque

a necessidade de procurar o equilíbrio entre fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum:

Em nossos dias, predomina a ideia da relatividade dos direitos, porque, como bem adverte Ripert, 'o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo.

Dando robustez à relativização retro defendida, Marcelo Novelino (2008, p. 323) destaca o não absolutismo e a preponderância de direitos de “maior peso relativo”, *in verbis*:

Da mesma forma que todos os demais direitos e garantias fundamentais, o direito adquirido não é absoluto. No caso concreto, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, esta garantia só poderá ser afastada para que outros direitos, de maior peso relativo, possam ser aplicados.

Essa relativização se evidencia, quando tratamos do direito adquirido frente a tutela jurídica do meio ambiente, como será abordado no item seguinte.

3.3 Direito Adquirido em matéria ambiental³³

Todas as considerações até agora feitas são fundamentais para que se possa entender que não raras vezes litígios envolvendo direito adquirido são levados à justiça, uns causados pelo próprio legislador na produção de normas, outros, decorrentes das inter-relações sociais e dos conflitos decorrentes do exercício de direitos e garantias constitucionais e legais. E, para solucioná-los da maneira mais justa, a justiça deve pautar-se pelos conhecimentos teóricos mencionados, mas, mais do que isso, deve averiguar que tipo de colisão o caso concreto apresenta e em que momento sociocultural é vivido.

De fato, no caso concreto, não raras vezes, verificam-se situações de litígios que revelam colisão – aparente ou não – de direitos; contraposição de certos valores constitucionalmente protegidos; ou, ainda, colisões que envolvem direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes e, até mesmo colisões decorrentes de leis. É comum ocorrer colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, como, por exemplo, a defesa do meio ambiente equilibrado. Quando isso ocorre, “*a garantia do 'direito adquirido', do 'ato jurídico perfeito' e do 'caso decidido' pode ser objeto de ponderação e de concordância prática com outros bens ou direitos colidentes*” (CANOTILHO, 2012, p. 41).³⁴

Nessa ordem de preceitos, direitos e garantias são relativizados para que outros direitos e garantias possam ser concretizados. Por exemplo, no desempenho da atividade

³³ Esta abordagem toma como principal referência o item 4.2.6, do capítulo 4 da obra: DEON SETTE, Marli T. Manual de Direito Ambiental. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 2014. p. 110-116.

³⁴ Devo precaver que, não obstante a citação mencionada, o autor faz inúmeras ressalvas ao modo de ver a relativização ampla e irrestrita em matéria ambiental.

legislativa podem ocorrer restrições significativas das faculdades reconhecidas originariamente em relação a determinado direito, conferindo mesmo nova conformação. Essa nova definição pode se apresentar em relação ao passado como uma restrição ou limitação. Nessa seara, pode ocorrer que lei posterior alcance momento passado e que, eventualmente, não poderia estar submetida (a lei) ao princípio da manutenção dos direitos adquiridos (a irretroatividade); pois, se assim fosse, as leis mais importantes desta espécie perderiam todo o sentido (SAVIGNY, 1860, 503-504 *apud* MENDES, 2012, p. 186).

Para evidenciar a pertinência da relativização da questão do direito adquirido e a imediata aplicação da lei nova na esfera ambiental, pensemos naquelas leis ambientais que de alguma forma restringem o exercício dos direitos de propriedade. Não faria sentido que a Lei só se aplicasse a determinadas propriedades (futuro/irretroatividade), sob pena de constituir-se em malferimento ao princípio da isonomia, na medida em que acabaria por deixar proprietários de espaços iguais com diferentes possibilidades de desenvolver atividades econômicas (total ausência de equidade), bem como de prestar a devida função social da propriedade no aspecto de serviços ambientais.

Como exemplo dessa relativização podemos apontar as inovações legais postas pela novo Código Florestal (Lei 12.651, de 2012), no que tange às áreas de preservação permanente. De fato, pela nova lei se considerarmos duas áreas com aproximadamente 10.000 ha cada, cortadas hipoteticamente por um curso d'água de 500 (quinhentos) metros de largura, é factualmente demonstrável que aquele que agiu em desconformidade com a norma legal então vigente (ou seja, a Lei n. 4.771/1965) tem, pela nova lei a possibilidade de poder utilizar uma área econômica com 1.000 ha a mais do que outro proprietário, que tenha observado a legislação anterior (alínea “e” do artigo 4º, c/c inciso II, do § 4º, do artigo 61-A c/c os §§ 8º e 11, do artigo 61-A, da Lei n. 12.651/2012).

Na concretização de direitos conflitantes cabe ao Estado “tomar todas as providências necessárias para a realização e concretização dos direitos fundamentais”. (VON MÜNCH *apud* MENDES, 2012, p. 477), nesses incluídos o equilíbrio ambiental, que está diretamente ligado à vida com integridade e dignidade³⁵.

Assim sendo, em direito ambiental, é comum que o direito adquirido (individual) seja relativizado, para privilegiar a aplicação mediata de inovações legais que venham para oferecer maior proteção ambiental, ainda que a alteração jurídica venha a impor limitações ao exercício de direitos individuais. Nas palavras de Mendes (2012, p. 193-194):

³⁵ É importante lembrar que os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida tem prevalência sobre os demais direitos individuais, uma vez que são pressupostos para o exercício de outros direitos.

As alterações normativas que alteram o exercício dos direitos inerentes à propriedade são legítimas, ainda quando venham a provocar uma diminuição ou redução no patrimônio do titular do direito, não havendo como afastá-las com invocação de direito adquirido.

Assim pode ocorrer no caso de uma área que após sua aquisição passa a sofrer limitações administrativas em decorrência da superveniente criação de uma unidade de conservação que abrange seus limites. Nessa hipótese não obstante a propriedade tenha sido adquirida regularmente, sem as restrições administrativas fixadas com a criação da unidade de conservação que lhe restringe o exercício dos direitos de propriedade, não se pode livrar o proprietário de adequar-se, sob o argumento de ter adquirido a área em diferentes condições, por meio de ato jurídico perfeito. No mesmo sentido Milaré (2000, p. 239),

não se verifica direito adquirido, que é de natureza particular, em prejuízo do interesse coletivo. [...] as normas editadas com escopo de defender o meio ambiente, por se dizer, aplicam-se não apenas aos fatos ocorridos sob sua vigência, mas também às consequências e efeitos dos fatos ocorridos sob a égide da lei anterior (facta pretentia).

Vale mencionar que, eventualmente, as alterações jurídicas podem levar a situações de prejuízo econômico³⁶. Nesses casos, por razões de equidade, o legislador deveria conceder uma compensação ao atingido pela providência e definir normas claras de transição, por conta da base da questão da segurança jurídica, mormente porque, no advento da alteração legal, as situações ou posições consolidadas podem assentar-se inicialmente em um quadro de ilicitude.

No entanto, as regras de transição devem atentar para não deixar, de forma definitiva, desigualdade entre iguais ou igualdade entre desiguais. Um exemplo claro em que tal situação pode ocorrer é o caso de alteração jurídica que aumenta o quantitativo de reserva legal por propriedade, e que pode colocar determinadas propriedades em situação irregular. Nestes casos, é mister que se definam formas de transição, compensação e incentivos governamentais para que a propriedade possa se adequar à nova lei.

É importante ter em mente que as restrições legais que envolvam propriedade, em regra, possuem duas peculiaridades distintas – a privada e a difusa, como, por exemplo, aquelas restrições que envolvem as florestas e demais formas de vegetação como bens de interesses difusos, em que coexiste dupla titularidade, conforme observa Deon Sette (2014, p. 344):

A primeira, privada, que diz respeito ao imóvel – propriedade, onde houver florestas e demais formas de vegetação; e a segunda, o direito

³⁶ Registre-se que a existência, ou não, do direito de pleitear indenização, que pode, ou não, existir, não faz diferença para o raciocínio ora formulado.

titularizado por todos – patrimônio coletivo, que diz respeito à função ecológica desempenhada pelas florestas e demais formas de vegetação, de maneira tal que, para garantir a coexistência das duas titularidades de forma harmônica, é imprescindível que a fruição dos direitos de propriedade seja exercida com observância aos limites legais impostos para que seja mantida a função ecológica das florestas e demais formas de vegetação.

No entanto, não é crível que se permita que a propriedade não se adeque *ad eternum*, sob pena de, neste caso, ferir princípios basilares como o da igualdade, equidade e dignidade da pessoa humana, já que, como retro mencionado, colocaria em vantagem determinadas propriedades em relação a outras que se encontram em idênticas condições.

Para finalizar, vale suscitar três reflexões adicionais.

Um primeiro aspecto a ser ponderado é o de que nossas concepções jurídicas a respeito de início e fim de direitos (ou de expectativas de direito, dependendo a qual corrente doutrinária nos filiemos) se localizam entre a concepção e a morte; ou seja, nossa lógica jurídica foi construída basicamente sobre direitos que, em regra, começam com o nascituro e terminam com a morte³⁷. Nesse espaço de tempo – vida e morte, teoricamente, também foram desenvolvidas as bases teóricas acerca do ato jurídico perfeito e outras garantias similares, como o direito adquirido.

No entanto, não se pode olvidar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito que, além de ser supraindividual, também transcende gerações, na medida em que é garantido às presentes e às futuras gerações (art. 225 da CF/88). Ou seja, são legitimados não só aqueles sujeitos de direito que agora vivem, mas também aqueles que vierem depois que estas gerações já não mais viverem, muito embora a legitimidade não signifique que cada sujeito individualmente possa dispor do bem da maneira que lhe aprouver. É uma espécie de direito que recebemos como herança de outras gerações e que temos o encargo de transmiti-lo para as próximas gerações, o que permite relativização de direitos individuais para que o equilíbrio ambiental – direito difuso - possa ser garantido.

Além disso, forçoso reconhecer que “a garantia do “direito adquirido”, do “ato jurídico perfeito” e do “caso decidido” pode ser objeto de ponderação e de concordância

³⁷ O Código Civil (BRASIL, 2002) em seu artigo 2º dispõe que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, por seu turno em seu artigo 6º preceitua que “A existência da pessoa natural termina com a morte; [...]”.

prática com outros bens ou direitos colidentes”, como destacado por Canotilho (CANOTILHO, 2012, p. 41).

Nesse sentido, vale ressaltar que a proteção de ecossistemas frágeis, como no caso as áreas de preservação permanente, tem como reforço a exigência de que a propriedade cumpra sua função socioambiental, não apenas como resguardo do equilíbrio ecológico, senão de sua própria potencialidade econômica (IRIGARAY, 2015, p. 386).

Um terceiro aspecto a ser ponderado, passa pelo reconhecimento de que o texto constitucional tem supremacia ao lado dos princípios e dos direitos humanos e, que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito humano e fundamental com garantia insculpida no artigo 225 da CF/88, resultando correto dizer que desde 1988 todos (direito difuso) têm direito ao meio ambiente equilibrado e, mais do que isso, não se pode retroceder no nível da proteção, ou do direito já garantido (Princípio da vedação de retrocesso). Destarte, toda vez que uma norma venha a reduzir a proteção ambiental preteritamente alcançada, ela (a norma) afronta a constituição e os direitos humanos.

4 CASOS JURISPRUDENCIAIS QUE ENVOLVEM MEIO AMBIENTE E DIREITO ADQUIRIDO

Dentro dessas perspectivas, várias decisões foram tomadas pelos Tribunais Superiores em que se verifica que, primeiro, entre dois direitos e/ou garantias, a escolha de um acaba por minimizar o outro; e, segundo, dependendo do instituto jurídico alterado, a lei posterior pode alcançar situações pretéritas à sua alteração. Ou seja, as decisões proferidas evidenciam claramente a relativização do direito adquirido. Além disso, as decisões revelam diferentes fundamentos e razões de decidir no enfrentamento de situações que, a rigor, envolvem colisões dos mesmos direitos fundamentais e a discussão do direito adquirido.

Entre tantos outros julgados, destacamos um proferido pela Corte Interamericana e outros pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, com uma análise *e passant* de cada caso.

1º) Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador:

Los hechos del presente caso se inician cuando María Salvador Chiriboga y Julio Guillermo Salvador Chiriboga adquirieron por sucesión de su padre, un predio de 60 hectáreas. El 13 de mayo de 1991 el Concejo Municipal de Quito declaró de utilidad pública con fines de expropiación y de ocupación urgente el bien inmueble de los hermanos Salvador Chiriboga, ello con el fin de construir un Parque Metropolitano. (...). Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. (...). Este Tribunal estima que en el

*presente caso las razones de utilidad pública o interés social para la restricción del derecho de la propiedad privada de María Salvador Chiriboga fueron legítimas y comprendieron la justificación necesaria para determinar dicha restricción. En consecuencia, las razones de utilidad pública o interés social son válidas a la luz del La Convención Americana (2012. **Petición/Caso ante la CIDH = 12.054 - caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador**).*

A decisão, proferida pela Corte Interamericana, reconhece o direito adquirido à propriedade, mas, ainda assim, reconhece a pertinência da limitação que lhe sobreveio, resolvendo a questão do direito de propriedade por meio de outro instrumento que, no caso, foi a indenização.

2º) Caso de conflito entre manifestação cultural Vs. meio ambiente.

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi. (STF. RE 153531, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388).

A decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio concluiu que a prática da manifestação cultural da “farra do boi” (artigo 5º, inciso IX, da CF/88) constituía procedimento discrepante da norma constitucional por desatentar para a observância do inc. VII do art. 225 da CF/88, que veda a submissão dos animais à crueldade e, embora tratasse de dois direitos não individuais, fez prevalecer o direito ao meio ambiente em detrimento do cultural. Ou seja, relativiza um direito a uma prática cultural que que, dependendo da corrente a que se filie o interprete, pode ser entendido como direito adquirido.

3º) Caso averbação de reserva legal – conflito de direito de propriedade Vs. meio ambiente.

AMBIENTAL. RESERVA LEGAL. ARTS. 16 E 44 DA LEI 4.771/1965. NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO. AMAZÔNIA LEGAL. AUSÊNCIA DE DIREITO DE AVERBAR EM PERCENTUAL INFERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO VIGENTE. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a Reserva Legal não é mera faculdade, é obrigação propter rem, devendo, ademais, ser averbada no Registro Imobiliário. 2. A obrigação propter rem, desde que não judicializada, segue a lei vigente no momento de seu cumprimento ou execução, no caso, a da data da averbação. 3. O proprietário que desmata sua propriedade sem averbar a Reserva Legal, ao fazer posteriormente a averbação, deverá respeitar as exigências então estabelecidas. Aplicação do princípio tempus regit actum. (...). 5. Inexiste direito adquirido à averbação da Reserva Legal aquém do limite mínimo estabelecido pela legislação vigente. 6. Recurso Especial provido. (STJ - REsp 625.024/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 04/05/2011).

A decisão, proferida pelo Ministro Herman Benjamin, dá provimento ao apelo ao recurso ministerial reconhecendo que “o fato de ter havido autorização do Ibama [para desmatamento com base nos limites à época vigentes anterior] antes da alteração legislativa

não confere direito adquirido à averbação da Reserva Legal aquém do limite mínimo estabelecido pela legislação atualmente em vigor” (cf. Voto do Relator). A ressalva feita no voto de aplicação do princípio *tempus regit actum* ocorre apenas nos casos em que o desmatamento e a averbação ocorreram com base na lei então vigente, o que não se verificou na hipótese em exame, onde a averbação da reserva legal não havia sido efetivada e os limites foram ampliados com a edição de Medida Provisória, conforme esclareceu o relator no voto vencedor:

Situação diversa é a do proprietário que, em cumprimento às normas legais aplicáveis, averba a Reserva Legal e, em seguida, recebe autorização válida para desmatar cobertura florestal que não coincide com o percentual reservado, as Áreas de Preservação Permanente ou, ainda, com vegetação que, por outra razão, seja especialmente protegida. Nesses casos, a incidência do *ius superveniens* é descabida, pois representaria violação do ato jurídico perfeito (a prévia averbação da Reserva Legal).

O acórdão deixa claro que o reconhecimento do direito à manutenção da reserva legal segundo o parâmetro fixado na norma anterior, somente se justifica, quando tenha ocorrido a averbação da área com observância à legislação em vigor, o que configura não um direito adquirido mas um ato jurídico perfeito.

4º) Caso de instituição de reserva legal – conflito de leis no tempo, lei 12.651/2012 x Lei n. 4.771/1965. Inaplicabilidade da lei superveniente.

PROCESSO CIVIL. AMBIENTAL. CPC/73. RESERVA LEGAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. ALEGATIVA DE OFENSA AO ART. 6º DA LINDB. AUSÊNCIA. FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE. DEMARCAÇÃO. REFLORESTAMENTO. OBRIGAÇÃO PROTER REM E EX LEGE. ART. 68 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. INAPLICABILIDADE.

(...) 3. A garantia do direito adquirido não pode ser invocada para mitigar o dever de salvaguarda ambiental, não servindo para justificar o desmatamento da flora nativa, a ocupação de espaços especialmente protegidos pela legislação, tampouco para autorizar a continuidade de conduta potencialmente lesiva ao meio ambiente. O dever de assegurá-lo, por seu turno, não se limita à proibição da atividade degradatória, abrangendo a obrigatoriedade de se conservar e regenerar os processos ecológicos. 4. A existência da área de reserva legal no âmbito das propriedades rurais caracteriza-se como uma limitação administrativa necessária à tutela do meio ambiente para as presentes e futuras gerações e se encontra em harmonia com a função ecológica da propriedade, legitimando a existência de restrições aos direitos individuais em benefício dos interesses de toda a coletividade. (...) 6. Não é possível aplicar-se o disposto no art. 68 do Novo Código Florestal. Primeiramente, porque a dispensa da recomposição florestal, consoante esse normativo, estaria limitada aos casos em que a supressão da vegetação nativa tenha observado os percentuais de reserva legal previstos na legislação vigente à época dos fatos, o que não ocorre in casu, (...). Em segundo lugar, porque não se emprega norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais.

Precedente em caso análogo: AgRg no REsp 1367968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12/03/2014. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. STJ. REsp. nº 1.381.191 - SP (2012/0048885-8) RELATORA: Min. Diva Malerbi (Des. Convocada TRF 3ª Região). 2ª. Turma. Julgado em 16 de junho de 2016.

No acórdão acima citado, embora o STJ analise a questão da reserva legal pela ótica do tempo em que se efetivou a averbação e a supressão da vegetação nativa com observância às normas então vigentes, deixou claro que a matéria se encontra albergada pela tarefa constitucionalmente imposta ao poder público de preservar os processos ecológicos essenciais (art. 225 § 1º, I), conforme explicitado no voto da Relatora:

O dever de assegurar o meio ambiente não se limita à proibição da atividade degradatória, abrangendo a obrigatoriedade de se conservar e regenerar os processos ecológicos. Assim, não se cogita de aplicação retroativa da lei, pois a obrigação de instituir a área de reserva legal, bem como de recompor a cobertura florestal e as áreas de preservação permanente foi estabelecida após a vigência dos normativos de regência. A existência da área de reserva legal no âmbito das propriedades rurais caracteriza-se como uma limitação administrativa necessária à tutela do meio ambiente para as presentes e futuras gerações e se encontra em harmonia com a função ecológica da propriedade, legitimando a existência de restrições aos direitos individuais em benefício dos interesses de toda a coletividade.

De acordo com esse entendimento, não é possível aplicar-se o disposto no art. 68 do Novo Código Florestal. Em primeiro lugar, porque a dispensa da recomposição florestal, consoante esse normativo, estaria limitada aos casos em que a supressão da vegetação nativa tenha observado os percentuais de reserva legal previstos na legislação vigente à época dos fatos, o que não ocorre in casu, (...). Em segundo lugar, porque não se emprega norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais.

Nesse passo, não obstante a possibilidade de analisar inúmeras outras jurisprudências, finalizamos o rol dos casos estudados neste artigo e passamos a traçar as nossas considerações finais.

5 CONCLUSÕES

Este artigo, concebido com a finalidade de averiguar como o Poder Judiciário tem se posicionado em relação à arguição do Direito Adquirido decorrente de alterações legais e/ou casos que envolvam conflitos de exercícios de direitos que estejam relacionados de algum modo a matérias do direito ambiental, mostrou que o instituto (direito adquirido) tem sido relativizado.

Com efeito, todos os casos analisados revelaram que a preocupação com proteção do meio ambiente na esfera judicial implica em conferir maior peso ao Direito ao meio ambiente equilibrado, o que pressupõe, também, ponderação na aplicação de normas superveniente,

tanto para proteger direito adquirido, quanto para impedir a redução dos níveis de processão, em respeito ao princípio da vedação de retrocesso.

De fato, tanto as decisões que envolvem conflitos decorrentes de alterações legais, como, por exemplo, a Lei n. 12.651/2012, que revogou a Lei n. 4.771/1965, criando alguns direitos e obrigações e retirando algumas proteções ambientais, quanto aquelas em que o exercício de direitos como, por exemplo, o direito de propriedade ou o direito à manifestação cultural colidiram com proteções a bens e serviços ambientais, a controvérsia foi decidida fazendo prevalecer a proteção ao meio ambiente.

Os principais argumentos ambientais esboçados estão relacionados ao fato de que o meio ambiente é um direito humano e fundamental, entendido como um direito difuso e com características completamente distintas dos bens privados. Além disso, é um direito de terceira dimensão (ou geração), em que impera a solidariedade intra e intergeracional. Por conta desta lógica a sociedade deve entender que o bônus ambiental que recebe da geração precedente deve ser mantido pela geração presente para as futuras gerações em iguais ou melhores condições daquelas em que o recebeu. Essa linha de interpretação orna com a teoria de Rawls acerca da poupança ambiental.

Por seu turno, os principais argumentos que levaram à relativização do Direito Adquirido relacionam-se ao fato de que, especialmente em função da dinâmica social que exige que o Estado produza cada vez maior número de normas (algumas embasadas no Princípio da irretroatividade e outras no Princípio da retroatividade) e, por corolário lógico, possam surgir mais conflitos entre a norma preexistente e a nova, a garantia do direito adquirido não pode ter o condão de impedir que a legislação evolua, seja modificada ou revogada quando isso se mostrar necessário para possibilitar a coexistência entre os humanos e destes com o meio que os cerca.

Outro argumento perceptível é que o direito adquirido não pode sobreviver contra texto constitucional expresso em contrário.

Por fim, imperioso expressar duas constatações decorrentes do texto constitucional:

A primeira refere-se ao fato de que, não obstante a expressa menção ao instituto do Direito Adquirido, a CF/88 não o define, não o conceitua, não lhe dá os contornos e limites. Sobre o assunto, ela apenas trata da não retroatividade da Lei penal, quando esta não beneficiar o réu (CF, artigo 5º, XL). É a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (art. 6º, § 2º) e a doutrina que tentam suprir esta função. Conseqüentemente, por estar a definição inserida na LINDB, esta não vincula o legislador constitucional aos seus limites, nem tem o condão de

retirar do plano constitucional a disposição sobre o alcance e o conteúdo do direito adquirido, não obstante isso ainda não tenha sido feito, exceto em relação a lei penal.

Um segundo aspecto a ser considerado é o fato de que a menção aos direitos e garantias individuais (artigo 5º, da CF/88) no rol das cláusulas pétreas (inciso IV, do § 4º, do artigo 60, da CF/88) não lhe confere total intangibilidade e caráter absoluto. Eles seguem sendo garantia constitucionalmente reconhecida e, por isso, não suprimível, não abolível por emenda constitucional, mas, ainda assim, passíveis de delineamento de seus contornos pela via infraconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXANDER, Larry e KRESS, Kenneth Kress. 8. Contra os Princípios Jurídicos. In **Direito e Interpretação**: ensaios de filosofia de Direito. Editado Por Andrei Marmor, trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BENJAMIN, A. H. V.[Coord.] **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana; AGUIRRE ROMÁN, Javier. **As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no direito internacional dos direitos humanos**. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, nº 11, dez. 2009, p. 41-63.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3540 MC/2005. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 1º de setembro de 2005. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4029/2012. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 08 de março de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 1447. Relator: Ministro Orozimbo Nonato. Brasília, 12 de setembro de 1951. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82021>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164/1995. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 de outubro de 1995. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. **Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 mai. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mai. 2015.

BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Brasília, 1981. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 07 jan. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1992.

_____. **PARECER JURÍDICO: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito, Coisa Julgada, Matéria Ambiental.** Coimbra, 2012. Disponível em: <<http://www.secovi.com.br/files/Downloads/parecer-juridico-webpdf.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

CARDOZO, Jose E. Martins. **Da retroatividade da lei.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. **Derecho civil de Espana.** , v. 1. 2. ed., Madrid, 1949..

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** Bogotá, 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf>. Acesso em 06 jan. 2015.

_____. (2012). - Fecha de última resolución: 24 de octubre de 2012, **Salvador Chiriboga vs. Ecuador.** Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/salvadorchiriboga.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. **Convenção Americana De Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).** San José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 10 jan. 2015.

DEON SETTE, Marli T. **Manual de Direito Ambiental.** 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 2014. 652 p. ISBN 978-85-362-4656-7.

_____. **Direito Humano ao Ambiente Equilibrado ou à Propriedade Plena.** In: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI. Direito Internacional II. 2014. XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB. João Pessoa – PB. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 395-415. ISBN 978-85-68147-89-4. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a192d499623a7b07>> . Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. **Justiça Entre Gerações de John Rawls: Herança Ambiental e o Problema do Direito Adquirido e do Retrocesso Legal.** In: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI. Direito e Sustentabilidade I. 2014. XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB. João Pessoa – PB. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 437-455, ISBN 978-85-68147-77-1. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b52d310fcbd748b5>>. Acesso em: 13 fev.2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GABBA, Teoria della Retroattività delle leggi, Torino, Unione Tipografico –Editrice, milano, Roma, Napoli, 1891, Vol. Primo.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Os Direitos Sociais no Âmbito do Sistema Internacional de Normas de Proteção dos Direitos Humanos e seu Impacto no Direito Brasileiro: Problemas e Perspectivas**. Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. V.1 – n. 3. Dezembro de 2011, p. 79-102. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=43095>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

HARDIN, Garret. **The Tragedy of the Commons**. (1968). Disponível em: <<http://www.marliambiental.com.br/aluno/estudo/THE-TRAGEDY-OF-THE-COMMONS.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

IRIGARAY, Carlos Teodoro J. H. **Validade dos autos de infração lavrados contra desmatamentos ilegais anteriores a julho de 2012: Irretroatividade da lei nova (Lei 12.651/2012) e inocorrência de anistia**. Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 237, p. 723-732, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral da Norma*. Porto Alegre: Fabris. Tradução de José Florentino Duarte, 1986.

LUMERTZ, Eduardo Só dos Santos; VIEIRA, Fabrício dos Santos Vieira. **A justiça e o direito segundo John Rawls e a questão ambiental: uma abordagem possível**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 72, maio 2012-ago. 2012, Porto Alegre, p. 115-139.

MEIRELE, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34º Ed. São Paulo. Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 803 p. ISB978-85-02-13426-3.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: RT, 2000.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Junho de 1992. Rio de Janeiro, 1982. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)**. Paris, 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>, Acesso em: 15 jan. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Forense, v. 1. 1961.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 16 Ed. São Paulo, Malheiros 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.