

# CÓDIGO FLORESTAL E O DIREITO ADQUIRIDO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 68 DA LEI 12.651, DE 2012

Bruno Casagrande e Silva <sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução. 2. Evolução legislativa da autorização de supressão de vegetação nativa. 3. Da proteção ambiental constitucional. 3.1. Do princípio da precaução ambiental. 3.2. Da vedação do retrocesso social. 4. Direito adquirido e a (ir)retroatividade da lei. 4.1. Da inocorrência de hipótese de desapropriação indireta. 4.2. Da responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de ato legislativo. 5. Retroatividade justa. Conclusões.

**Resumo:** O presente artigo aborda a (in)constitucionalidade do art. 68 da Lei 12.651, de 2012, o novo Código Florestal, que dispensa o dever de recomposição no caso de a derrubada da vegetação nativa ter ocorrido em conformidade com a legislação da época da ação. Esse dispositivo é objeto de três ações de controle concentrado de constitucionalidade, que tem como tese e antítese o direito adquirido e a vedação do retrocesso. Depois, um curto e útil brevíário histórico do fomento da proteção geral da vegetação nativa no Brasil, após 1934 até os dias atuais. Em seguida, elabora-se um esforço racional-jurídico derivado das teses do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, em suas respectivas atuações em contrariedade e defesa do diploma legislativo impugnado em face da Constituição. Cuida-se, então, das noções essenciais dos institutos jurídicos, buscando sempre refletir sobre sua essência,

---

<sup>1</sup> Mestrando e pós-graduado pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Professor licenciado da Faculdade La Salle de Lucas do Rio Verde. Membro Titular do Tribunal de Defesa de Prerrogativas da Seccional de Mato Grosso da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado.

para concluir se há ou não mérito nas alegações de inconstitucionalidade. Também são abordadas as noções de desapropriação indireta e de responsabilidade civil por ato legislativo, com o intuito de verificar se há ou não a materialização desses institutos nos casos em análise, quando em reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Isso rompe com a garantia do direito adquirido dos proprietários de áreas afetadas pela inovação legislativa.

**Palavras-Chave:** Controle de constitucionalidade. Direito adquirido. Meio ambiente equilibrado. Vedação do retrocesso social. Responsabilidade civil por ato legislativo.

#### THE BRAZILIAN ENVIRONMENTAL CODEX AND THE VESTED RIGHTS: THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLE 68 OF THE LAW. 12.651/2012 WITH THE CONSTITUTION.

**Abstract:** This article analyses the (in)compatibility of the article 68 of the Law 12.651/2012, the new environmental codex, that dismisses the obligation of regrowing the native vegetation in the cases which the clearing happened according the law in it's time. There are now in the Brazilian Supreme Court three actions that involves the constitutionality of this article where the conflict between vested right and the prohibition of regression principle as opposite reasoning. It's briefly show the evolution of the protection of the native vegetation in Brazil from 1934 to comprehend the thesis adopted by the Federal Prosecution Office and the Federal Attorney General in their capacities criticizing and defending the law. Are studied some legal institutes related to the theme, trying to grasp it's essences to eventually conclude who has merits on their demands. Also, we take notice on the following civil legal institutes: the state's indirect expropriation and the state's civil liability in case of

damages caused by the law. This is done to verify if *in casu* one of those may occur if the article 68 is declared unconstitutional and eventually some land owners became forced to regrow the native vegetation, therefore breaking with their vested rights.

Keywords: Constitutionality control. Vested rights. Right to a balanced environment. prohibition of regression principle. State liability from damages made by enforcing a new law.

## INTRODUÇÃO



epois de acalorados debates entre ambientalistas e ruralistas no Congresso Nacional, em 25 de maio de 2012, foi aprovada a Lei 12.651, que ficou conhecida como o novo “Código Florestal” brasileiro<sup>2</sup>.

O NCF foi o primeiro da sua espécie aprovado em um momento democrático, já que os seus antecessores, de 1934 e 1965, foram fruto das ditaduras Vargas e Militar, à época vigentes no Brasil.

Assim, mesmo sendo fruto de um ambiente democrático, a tentativa de conciliação dos interesses dos ambientalistas e os ruralistas nesse novo diploma foi completamente frustrada, resultando na insatisfação de ambos os lados com o texto finalmente aprovado. De um lado, os ruralistas sustentando que o novo diploma dificulta a atividade agropecuária no Brasil, e de outro, os ambientalistas entendendo haver, na nova legislação, um profundo retrocesso nas proteções do meio ambiente.

---

<sup>2</sup> Optamos pelo uso de aspas porquê não há qualquer referência do legislador no novo diploma legal fixando a nomenclatura de Código Florestal. Tal “apelido” deve-se ao fato de a Lei 12.651/2012 ter revogado, na sua totalidade, a Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965, que foi expressamente denominada Código Florestal pelo legislador. Para os fins deste artigo, a Lei 12.651/2012 será referenciada como novo Código Florestal (NCF), nomenclatura amplamente emprestada pela doutrina.

Em meio ao grande número de antipatias, o diploma naturalmente foi objeto de um número expressivo de ações de controle concentrado de constitucionalidade, tanto na modalidade negativa (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI), como na modalidade positiva (Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC).

Foram propostas, à época, a ADC 42 e as ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 e, mais recentemente, já em 2017, foi proposta a ADC 50<sup>3</sup>. Dessas ações, a (in)constitucionalidade do art. 68 do NCF é objeto das ADCs 42 e 50 e da ADI 4901.

Em apertada síntese, o referido dispositivo dispensa da recomposição os proprietários de terra que realizaram o decréscimo de vegetação dentro dos limites legalmente vigentes à época, em homenagem aos princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Claramente esse é um dispositivo voltado aos interesses ruralistas e, em razão disso, os ambientalistas defendem que na condição do meio ambiente como bem jurídico singular constitucional, o dispositivo violaria a vedação do retrocesso socioambiental, devendo haver a recomposição das áreas, nos maiores limites fixados pelo NCF.

Há ainda que se considerar a questão da possibilidade de retroatividade da lei, o que, por si só, é elemento essencial à constatação de regularidade com a nova norma do ordenamento jurídico. Nesse sentido, buscar-se-á analisar uma espécie de justiça na retroatividade, o que, por si próprio, poderia tomar vulto em contraposição ao direito adquirido.

Portanto, no presente artigo busca-se verificar a exis-

---

<sup>3</sup> As ADCs 4901, 4902 e 4903 foram todas propostas pelo Ministério Público Federal, sendo – na prática – uma opção pela divisão temática dos temas para facilitar o julgamento das mesmas. Todas essas ações, em razão da prevenção reconhecida, acabaram distribuídas a um único Ministro, Luiz Fux, e foram unidas para o julgamento já iniciado pelo Supremo Tribunal Federal. A ADC 50 também foi distribuída para o Ministro Luiz Fux, que entendeu pela união da mesma às demais nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.

tência de um suposto conflito de princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da vedação do retrocesso socioambiental e o princípio da segurança jurídica, que assegura o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

## 2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA AUTORIZAÇÃO DE SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO NATIVA NOS CÓDIGOS FLORESTAIS

Apesar da existência de diplomas legislativos desde o período colonial, como por exemplo o Regimento Sobre o Pau-Brasil, de 12 de dezembro de 1605, que outorgava à coroa a titularidade da exploração do Pau-Brasil, foi o Decreto 23.793, de 23 de janeiro de 1934, o primeiro diploma a regular de forma abrangente o Direito Ambiental no Brasil, instituindo o nosso primeiro Código Florestal.

Esse diploma limitava, no seu artigo 23, a abertura de áreas na proporção de 75% (setenta e cinco por cento) da sua área total, devendo assim ser preservada a cobertura nativa de 25% (vinte e cinco por cento).

*Art. 23. Nenhum proprietário de terras cobertas de mattas poderá abater mais de tres quartas partes da vegetação existente, salvo o disposto nos arts. 24, 31 e 52.*

§1º O dispositivo do artigo não se applica, a juízo das autoridades florestaes competentes, às pequenas propriedades isoladas que estejam proximas de florestas ou situadas em zona urbana.

§2º Antes de iniciar a derrubada, com a antecedencia minima de 30 dias, o proprietario dará sciencia de sua intenção á autoridade competente, afim de que esta determine a parte das mattas que será conservada. (*sic*) (destaque nosso)

A lei autorizava, portanto, a derrubada da vegetação nativa, sendo o único requisito a dação de ciência à autoridade competente para escolher a área que deveria ser conservada de acordo com o interesse público. Também se nota que, de acordo com o juízo da administração pública, os limites de reserva

poderiam ser totalmente afastados, autorizando a abertura de 100 % (cem por cento) da área protegida.

Por fim, nota-se que nesse momento, não havia qualquer individualização percentual relativa ao bioma em que a área a ser suprimida se localizasse. O Código Florestal de 1965 foi mais detalhado na proteção ambiental, protegendo a vegetação segundo um critério biogeográfico:

Art. 16. As florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos artigos 2º e 3º desta lei, são suscetíveis de exploração, obedecidas as seguintes restrições:

a) nas regiões Leste Meridional, Sul e Centro-Oeste, esta na parte sul, as derrubadas de florestas nativas, primitivas ou regeneradas, só serão permitidas, desde que seja, em qualquer caso, respeitado o limite mínimo de 20% da área de cada propriedade com cobertura arbórea localizada, a critério da autoridade competente;

b) nas regiões citadas na letra anterior, nas áreas já desbravadas e previamente delimitadas pela autoridade competente, ficam proibidas as derrubadas de florestas primitivas, quando feitas para ocupação do solo com cultura e pastagens, permitindo-se, nesses casos, apenas a extração de árvores para produção de madeira. Nas áreas ainda incultas, sujeitas a formas de desbravamento, as derrubadas de florestas primitivas, nos trabalhos de instalação de novas propriedades agrícolas, só serão toleradas até o máximo de 30% da área da propriedade;

c) na região Sul as áreas atualmente revestidas de formações florestais em que ocorre o pinheiro brasileiro, "Araucaria angustifolia" (Bert - O. Ktze), não poderão ser desflorestadas de forma a provocar a eliminação permanente das florestas, tolerando-se, somente a exploração racional destas, observadas as prescrições ditadas pela técnica, com a garantia de permanência dos maciços em boas condições de desenvolvimento e produção;

d) nas regiões Nordeste e Leste Setentrional, inclusive nos Estados do Maranhão e Piauí, o corte de árvores e a exploração de florestas só será permitida com observância de normas técnicas a serem estabelecidas por ato do Poder Público, na forma do art. 15.

Parágrafo único. Nas propriedades rurais, compreendidas na

alínea a deste artigo, com área entre vinte (20) a cinquenta (50) hectares computar-se-ão, para efeito de fixação do limite percentual, além da cobertura florestal de qualquer natureza, os maciços de porte arbóreo, sejam frutícolas, ornamentais ou industriais.

Em 1989, a Lei 7.803 acresceu ao art. 16 do Código Florestal dois parágrafos, um deles determinando o registro à margem da matrícula do imóvel de uma reserva legal mínima de 20% (vinte por cento), que então não poderia mais ser suprimida, mesmo em casos de desmembramentos e transmissão de propriedade da área e outro, que determinou a aplicação das normas relativas à reserva legal às áreas de cerrado.

Em 26 de maio de 2000, foi editada a MP 1.956, sucedida pela Medida Provisória 2.166, de 24 de agosto de 2001, que alteram os limites de reserva legal previsto no Código Florestal de 1965. Apesar de nunca terem sido efetivamente convertidos em lei, esses diplomas foram reiteradamente reeditados, vigorando os seus limites de reserva legal até a revogação do Código Florestal de 1965, sendo os seus valores percentuais consolidados pelo NCF. Assim, a linha do tempo a seguir é a que se apresenta com relação à reserva legal antes do NCF:

1934 <i>Decreto</i> 23.793 Art. 23	1965 <i>Lei</i> 4.771 Art. 16	1989 <i>Lei</i> 7.803 Art. 16	2000 <i>MP</i> 1.956-50 Art. 16	2001 <i>MP</i> 2.166-67 Art. 16
25% da vegetação existente no imóvel	20% da área com cobertura arbórea	20% da área com cobertura arbórea	80% Amazônia legal 35% cerrado 20% demais áreas	80% Amazônia legal 35% cerrado 20% demais áreas
Matas	Florestas nativas, primitivas ou regeneradas	Florestas nativas, primitivas ou regeneradas e cerrados	Florestas e outras formas de vegetação nativa	Florestas e outras formas de vegetação nativa

O NCF manteve em seu art. 12 as mesmas metragens vigentes desde a edição da Medida Provisória 1.956, em 2000. Essas áreas não se confundem com as áreas de preservação permanente, que podem coincidir com área da reserva legal ou

não. Havendo coincidência, a reserva legal contará também com a especial proteção destinada às APPs no art. 7º da lei.

## 2.1 O ART. 68 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

A motivação da inserção do art. 68 no NCF é clara, qual seja, promover a regularização das propriedades rurais no Brasil em razão da multiplicidade de diplomas, muitas vezes contraditórios, existentes nessa matéria:

Art. 68. Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos nesta Lei.

§1º Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais poderão provar essas situações consolidadas por documentos tais como a descrição de fatos históricos de ocupação da região, registros de comercialização, dados agropecuários da atividade, contratos e documentos bancários relativos à produção, e por todos os outros meios de prova em direito admitidos.

§2º Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais, na Amazônia Legal, e seus herdeiros necessários que possuam índice de Reserva Legal maior que 50% (cinquenta por cento) de cobertura florestal e não realizaram a supressão da vegetação nos percentuais previstos pela legislação em vigor à época poderão utilizar a área excedente de Reserva Legal também para fins de constituição de servidão ambiental, Cota de Reserva Ambiental - CRA e outros instrumentos congêneres previstos nesta Lei.

O Ministério Público Federal, ao questionar a constitucionalidade do dispositivo transcrito supra na ADI 4.901 suscita o seguinte:

A previsão normativa contida nos dispositivos impugnados representa flagrante retrocesso na legislação ambiental, excluindo a proteção de um número incalculável de espaços territoriais especialmente protegidos. A norma ignora, ademais, que os percentuais de reserva legal foram aumentados como medida necessária para conter o desmatamento e assim, cumprir



os mandamentos constitucionais de proteção ambiental.

Há, portanto, clara violação do dever geral de não degradar o meio ambiente, bem como o dever fundamental de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, bem como ao princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental.<sup>4</sup>

Em defesa da constitucionalidade da lei a Advocacia Geral da União assim se manifestou:

Entretanto, as supressões de vegetação realizadas em consonância com regras florestais vigentes à época não podem ser tidas como ilegais pela superveniência de legislação florestal mais rigorosa. Os atos de supressão praticados no passado em consonância com a legislação então em vigor recobrem-se da estabilidade própria do ato jurídico perfeito, colocando-se a salvo de futuras alterações legislativas.

Com efeito, as supressões de vegetação foram feitas com o beneplácito da lei, não podendo ser censuradas por lei superveniente.

Neste contexto, a legislação atacada privilegia o ato jurídico perfeito, cujo fundamento constitucional é o princípio da segurança jurídica.<sup>5</sup>

Das manifestações dos dois órgãos, claramente se percebe a antítese jurídica, porém ambos argumentos são claramente genéricos e superficiais, em especial ao sustentar apenas o “dever geral de não degradar o meio ambiente, bem como o dever fundamental de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, o princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental”, sem indicar específico retrocesso, conforme oportunamente analisaremos.

Não obstante, é importante frisarmos que a lei exige que tenha havido respeito aos limites ambientais vigentes à época da retirada da vegetação, não devendo o art. 68 ser confundido

---

<sup>4</sup> JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.901*: petição inicial, Ministério Público Federal. Processo instaurado em 21.01.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 01 nov. 2017.

<sup>5</sup> JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.901*: manifestação, Advocacia Geral da União. Processo instaurado em 21.01.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 01 nov. 2017.

com a “anistia” prevista nos §§ 4º e 5º do art. 59 do NCF.

### 3 DA PROTEÇÃO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL

Hodiernamente a negação do meio ambiente como objeto de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana é praticamente inexistente. Grosso modo, é como se negar o formato arredondado do planeta Terra: existem aqueles que o fazem, mas são vistos com extremas ressalvas. Portanto, desde já estabelecemos que o meio ambiente equilibrado é direito fundamental coletivo como premissa do presente estudo.

A Constituição Federal, em seu art. 225, afirma 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 coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O constitucionalmente reconhecido direito ao meio ambiente equilibrado é conceito aberto que gera dúvidas reais com relação ao seu conteúdo. Afinal, o que é o meio ambiente equilibrado? A depender da postura social dos interessados, esse conceito tenderá para um dos lados de extremos opostos: um que defende proteções maiores e outro que advoga por proteções menores.

Para tentar solucionar esse dispositivo, a própria Constituição atribui ao Poder Público, por meio de lei, determinar o conteúdo de meio ambiente ecologicamente equilibrado. Note-se que o intuito do legislador constitucional é cristalino nesse sentido, ao utilizar no §1º do art. 225 a redação “Para assegurar a efetividade desse direito (...)”, expressamente aplicando o princípio da legalidade nos incisos III, IV, VII do §1º e nos §§2º, 4º, 6º e 7º<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> O §7º do art. 225 só foi incluído na Constituição pela Emenda Constitucional 96,

A conclusão retro é reforçada quando notamos que os dispositivos que não foram nela arrolados dizem respeito às competências executivas do Poder Público, ou seja, verdadeiras obrigações de fazer, reguladas em sua maioria pelas Lei 9.995, de 2000, e Lei 11.105, de 2005, sem prejuízo de outras.<sup>7</sup>

### 3.1 DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL

Do até agora exposto, é lícito concluir que existe um constante atrito entre o princípio do desenvolvimento e o princípio da precaução<sup>8</sup>, se tomarmos como absoluto o conteúdo do princípio do meio ambiente equilibrado. Sobre isso, Paulo de Bessa Antunes faz oportuna reflexão:

Um aspecto do Princípio da Precaução que tem sido muito pouco ressaltado é que prevenir riscos ou danos implica *escolher* quais riscos ou danos pretendemos prevenir e quais aceitamos correr. Se feita racionalmente a escolha, escolheremos o risco menor em preferência ao maior. Contudo, nem sempre

---

de 2017, e tem por desiderato a proteção dos animais, não em relação à sua extinção, mas a maus tratos que eventualmente possam ser praticados em festas culturais como a cavalhada e outros eventos. A título de nota, entendemos que a fauna tutelada no inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição não inclui os animais domesticados e de pastoreio, que não gozariam da proteção maior conferida à fauna nativa. Portanto, a Emenda Constitucional 96, de 2017, apenas se aplicaria em eventuais celebrações culturais que utilizassem animais selvagens. Em tempo, os animais domésticos e de pastoreio, todavia, não estão desprotegidos, gozando de proteção infraconstitucional, como por exemplo a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 1998), que em seu art. 321 expressamente protege os animais domésticos e domesticados.

<sup>7</sup> A Lei 9.995, de 2000, define como objetivo do Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza, no inciso IX do art. 4º, “recuperar ou restaurar ecossistemas degradados”, entre outros.

<sup>8</sup> O princípio da precaução não se confunde com o princípio da prevenção, já que no caso deste, a opção administrativa/legislativa tem os seus efeitos certos. Com relação aos percentuais de desmatamento, o que há é um resultado abstrato e não determinado, não havendo certezas do quanto as reservas ambientais maiores ou menores impactam significativamente o meio ambiente. A doutrina é vacilante quanto ao conteúdo desses princípios, dissentindo com frequência em razão do seu conteúdo, já que existem pesquisas científicas que pendem para os dois lados, o que é mais um sinal da incerteza da questão.

as escolhas são feitas racionalmente, pois a *percepção* do risco nem sempre guarda alguma relação com o risco real e, muitas vezes, a escolha é feita com base na percepção do risco e não no risco real. (*omissis*). Hoje é uma prática recorrente que, em matéria de prevenção de risco, se opere com o chamado cenário do pior caso. Até que ponto isto é racional? O pior cenário é uma probabilidade, não uma fatalidade. Entretanto, a consideração da probabilidade nem sempre é levada em conta e a mera possibilidade de danos se transforma em dano atual e não meramente potencial. “*Probability neglect is especially large when people focus on the worst possible case or otherwise are subject to strong emotion*”<sup>9</sup>, conforme o lúcido comentário de Sunstein.<sup>10</sup>

Quanto à aplicabilidade do princípio da precaução, três principais correntes se apresentam: a) a corrente maximalista, que vislumbra esse princípio como um superprincípio, sem limites legais anteriores ou posteriores, já que derivado da dignidade da pessoa humana; b) a corrente minimalista, que dá prioridade às necessidades econômicas, calcando-se fortemente no princípio do desenvolvimento como direito fundamental do indivíduo; e c) a corrente intermediária, que propõe um equilíbrio entre os dois extremos, procurando a conciliação entre a proteção ambiental e o desenvolvimento<sup>11</sup>.

Entendemos que, diante do atrito entre as correntes vocacionadas para o meio ambiente ou desenvolvimento, a corrente intermediária é a solução ideal a ser adotada. Não se pode negar que a proteção do meio ambiente em detrimento do desenvolvimento econômico não se sustenta. As maiores insurreições e barbáries da história foram cometidas em situação de miserabilidade, pois a fome não pode esperar. Porém, é também importante que as opções ambientais sejam tomadas con-

---

<sup>9</sup> Tradução livre: “A negação da probabilidade é especialmente maior às pessoas que focam no pior caso possível ou estão sujeitas a fortes emoções”.

<sup>10</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 31-33.

<sup>11</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 38.

siderando a sua eventual irreversibilidade, sob pena de condenarmos as gerações futuras à uma realidade por demais árida em matéria de meio ambiente.

Cabe ao legislador o papel de analisar os prós e contras das opções ambientais, na condição de representante da vontade popular. Haverá situações que diante da inexorabilidade do dano, deverá o Poder Judiciário atuar em razão da omissão ou equívoco legislativo, porém é evidente que também haverá situações em que o suposto dano ambiental funcionará como um corredor para o futuro e o bem-estar da coletividade.

### 3.2 DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Conforme já expusemos, o fundamento utilizado nas ADIs que questionam a constitucionalidade do art. 68 do NCF consistem, principalmente, no princípio da vedação do retrocesso social.

Esse princípio é decorrente da essência da Constituição de 1988, que é calcada na dignidade da pessoa humana. Buscase, com a vedação ao retrocesso, impedir que a sociedade regreda, de forma a suprimir direitos essenciais dos cidadãos.

Claramente os incisos 5º e 6º da Constituição compõem esse princípio, já que figuram no rol de cláusulas pétreas do §4º do art. 60 da Constituição. Todavia, a proteção máxima não se limita aos incisos daqueles dispositivos, mas se deita sobre todos os direitos e obrigações do Estado que sejam derivados da dignidade da pessoa humana.

As constituições contemporâneas passaram cada vez mais a serem promulgadas com fórmulas de cláusulas abertas, em especial no que diz respeito aos direitos humanos, substituindo a clássica teoria da pirâmide constitucional (*state approach*) pela teoria do trapézio constitucional (*human centered approach*), colocando as normas de direitos humanos não mais

sob a Constituição, mas ao seu lado<sup>12</sup>.

Inegavelmente a Constituição de 1988 ainda adotou no Brasil um modelo que tem o avanço social como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, apesar de não haver expressamente mencionado o princípio em análise. A sua existência pode ser extraída dos princípios da justiça social e da segurança jurídica, justamente aqueles que servem de pilares para a garantia do meio ambiente equilibrado: o princípio da precaução e o princípio do direito adquirido.

Mario de Conto<sup>13</sup> ensina que a proteção aos direitos fundamentais consiste em uma obrigação de não fazer (proibição do excesso – übermassverbot) e em uma obrigação de fazer (proibição da proteção deficiente – untermassverbot). Nesse sentido também é o pensamento de J.J. Gomes Canotilho, que entende que “Podemos formular esta ideia [proibição do excesso e proibição da proteção deficiente] usando uma formulação positiva: o Estado deve adotar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducentes a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais”<sup>14</sup>.

Segundo Patryck de Araújo Ayala, “O princípio aponta para uma proibição da reversão no desenvolvimento dos direitos fundamentais, e para uma garantia de não retorno a graus de proteção que já tenham sido ultrapassados”<sup>15</sup>. Ainda segundo o autor, a vedação do retrocesso se coloca como um caminho sem volta, já que não pode reverter os estágios de desenvolvi-

---

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 19, p. 67-93, 2012. Semestral. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo\\_Flavia\\_Piovesan\\_\(Direitos\\_Humanos\\_e\\_Dialogo\\_entre\\_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2017.

<sup>13</sup> CONTO, Mário de. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social: Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.83

<sup>14</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Portugal, Coimbra: Almedina, 2003, p. 273

<sup>15</sup> AYALA, Patryck de Araújo. *Devido Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 257

mento, além de proteger diversas realidades existenciais que foram decorrentes da iniciativa do Estado em relação a uma determinada sociedade.

Na hipótese em estudo, fica claro que a vedação do retrocesso social não tem apenas viés ecológico, mas também um viés social amplo, que deve garantir uma proteção efetiva de toda a coletividade afetada, já que seus efeitos são entremeados e juridicamente tutelados.

Não se trata meramente de assegurar o meio ambiente, como bem com maior número de interessados diretos, em detrimento da propriedade e da produção, cujo número de interessados diretos é menor, mas que tem expressivo reflexo econômico, atingindo a realidade econômica de toda a coletividade, portanto.

#### 4 DIREITO ADQUIRIDO E A (IR)RETROATIVIDADE DA LEI

A conceituação de direito adquirido, por si própria, se demonstra uma tarefa árdua. Mario Luiz Delgado<sup>16</sup> nos lembra que, para Pontes de Miranda, a expressão direito adquirido era uma espécie de expressão oca, uma ilusão.

O ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada gozam de previsão constitucional inserida no inciso XXXVI do art. 5º, nos seguintes termos: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Assim, em primeira leitura, podemos deduzir que tanto o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa gozam de proteção constitucional máxima, visto que se encontram inseridos no rol de cláusula pétreas vigente em nosso sistema jurídico.

Além da previsão constitucional, o conteúdo do direito

---

<sup>16</sup> DELGADO, Mário Luiz. *Novo Direito Intertemporal Brasileiro*. Da retroatividade das Leis civis. Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil – Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 189.

adquirido e do ato jurídico perfeito é extraído dos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Flavio Tartuce conceitua o direito adquirido como “o direito material ou imaterial já incorporado ao patrimônio de uma pessoa natural jurídica ou ente despersonalizado (...)”<sup>17</sup>, conferindo ao instituto substancial conteúdo, derivando-o do direito de propriedade.

Já em relação ao ato jurídico perfeito, Maria Helena Diniz nos ensina que “é o que já se tornou apto para produzir os seus efeitos, uma vez que se aperfeiçoou pela verificação de todos os seus elementos constitutivos. É ato consumado por não depender de nada para ter plena eficácia”<sup>18</sup>.

Por fim, a coisa julgada tem conceito preciso na lei, é a “a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Todavia, a conceituação desses institutos não é suficiente para entender a sua extensão e a sua aplicação sistemática no direito privado.

É importante constataremos que em relação aos particulares, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são elementos do direito adquirido, sendo que este só existirá se estiverem presentes, pelo menos, um daqueles. Portanto, entendemos que

---

<sup>17</sup> TARTUCE, Flavio. *Direito Civil*. vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 42.

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.



apesar de serem tratados de forma independente e de gozarem de expressa proteção autônoma, ao nosso ver, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são elementos do direito adquirido, o que corresponde à expressão — na esfera privada — daquilo que já foi consolidado como entendimento do STF, ao afirmar a inexistência de direito adquirido à regime jurídico em abstrato.

No caso em análise, por exemplo, há que se buscar se o proprietário de terra se adequa à hipótese do ato jurídico perfeito na realização do desmatamento, o que resultaria no seu direito adquirido de explorar economicamente determinada parcela do solo sem a obrigação de recomposição.

Esse entendimento, inclusive, se adequa ao conceito de direito adquirido formulado por Cláudia Toledo, que entende ser “aquele de que o sujeito é titular e que pode exercer, mas não se fez valer antes da entrada em vigor da nova lei que o modificou ou extinguiu”<sup>19</sup>. Note-se que segundo o proposto pela autora, a titularidade do direito já existe em razão do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, restando na realidade o direito de exercício pelo titular.

O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são institutos de direito intertemporal, limitando os limites da retroatividade que a nova lei tem sobre das relações jurídicas já existentes. Na expressão clássica, contida da LINDB, uma nova lei só pode regular situações futuras. Porém, há diversas situações em que não se poderá sustentar o ato jurídico perfeito e a coisa julgada para defender o direito adquirido.

Por exemplo, uma empresa negar determinado novel direito trabalhista alegando o ato jurídico perfeito em relação ao contrato de trabalho, ou ainda, um restaurante alegar ter direito adquirido a determinada regra menos onerosa, relativa a higiene alimentar, que posteriormente foi tornada mais gravosa por

---

<sup>19</sup> TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 166.

nova legislação.

Na hipótese em estudo, é evidente que estão presentes o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, já que se a remoção da cobertura vegetal se deu de acordo com a lei. O proprietário que a removeu, teria o direito — e o dever, inclusive<sup>20</sup> — de explorar essa área, sob pena de não estar cumprindo a função social da propriedade.

Não obstante, esse direito/dever de exploração econômica sustentável da propriedade imóvel, a vedação ao retrocesso social — conforme já analisado — também tem a sua existência reconhecida no ordenamento jurídico constitucional. Tal fato cria um aparente conflito de princípios constitucionais onde, de um lado, estará o direito dos proprietários de terras ao seu uso, de acordo com a lei da época, e de outro, o princípio da proteção integral ambiental, que é de titularidade coletiva, exigindo a recomposição de reservas de forma onerosa pelos proprietários de terra, resultando em avanço da proteção ambiental.

#### 4.1. DA INOCORRÊNCIA DE HIPÓTESE DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

A propriedade é direito fundamental, estampado na Constituição Federal e protegido por cláusula pétrea, porém, não é absoluto, tendo os seus contornos definidos principalmente pelo princípio da função social da propriedade.

A função social da propriedade é uma limite de natureza solidária, estabelecendo que a propriedade imóvel não pode

---

<sup>20</sup> As áreas com coberta vegetal que não são efetivamente exploradas, nos estritos termos do art. 6º da Lei 8.629, de 1993, serão consideradas como improdutivas pelo órgão ambiental se não houver aproveitamento econômico de 80% da área aproveitável do imóvel. O não atendimento desses índices autoriza a desapropriação do imóvel para a reforma agrária constitucional. Assim, a preservação de vegetação nativa sem exploração econômica acima dos limites de proteção legal configura desatendimento à função social da propriedade.

ser objeto de exploração egoística, devendo atender a uma finalidade que beneficie toda a sociedade. Assim, por exemplo, grandes latifúndios improdutivos<sup>21</sup> não atendem à função social, pois não se reverterem em favor da coletividade como desdobramentos econômicos, sendo mera concentração de riqueza individual sujeita à especulação pelo proprietário.

As duas hipóteses de desapropriações<sup>22</sup> constitucionais possíveis atingem as propriedades improdutivas e as áreas de necessidade ou utilidade pública ou áreas sobre as quais recaiam interesse social<sup>23</sup>. A desapropriação das propriedades improdutivas tem conteúdo sancionatório, inclusive, já que a sua indenização será paga em títulos da dívida pública regatáveis em até vinte anos, ao contrário da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, que será paga em dinheiro.

---

<sup>21</sup> Vide nota 18, onde comentamos a fundamentação legal de propriedade (im)produtiva..

<sup>22</sup> As desapropriações que ora se analisam e a chamada desapropriação indireta, objeto do presente tópico, não se confundem com as hipóteses de perdimento da propriedade, que é autorizado pela Constituição no inciso XLV do art. 5º e parcialmente regulado pelo art. 243, *caput* e parágrafo único, respectivamente, nos seguintes termos: “As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º” e “Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”.

<sup>23</sup> Apesar de o Decreto-lei 3.365, de 1941, prever em seu art. 5º hipóteses de necessidade e utilidade públicas de forma indiscriminada, tais institutos não são conceitos sinônimos. Na necessidade pública há alguma espécie de urgência pública, sendo a transferência da propriedade para o poder público a melhor solução para o problema que se apresente. De outra banda, a utilidade pública se constata como uma transferência da propriedade como oportuna e vantajosa para o interesse coletivo, porém não há urgência, tão somente conveniência. Já no interesse social, conforme dispõe o art. 4º da Lei 4.132, de 1962, os bens desapropriados não se destinam à administração, mas a terceiros credenciados por lei para recebe-los e utilizá-los de forma a beneficiar a coletividade.

Em antítese à desapropriação direta, que tem fundamento constitucional e legal, a desapropriação indireta é, segundo Feliciano de Carvalho, uma construção doutrinária-jurisprudencial, criada para solucionar conflitos em que a atuação estatal subtrai a posse/utilidade de determinada parcela da propriedade sem observância do devido processo legal desapropriatório. É verdadeiro esbulho, onde a administração pública, munida de todas as suas armas, avança contra o cidadão, agindo contrariamente e violentamente em prejuízo da ordem jurídica constitucional<sup>24</sup>.

Doutrina e jurisprudência entendem que a desapropriação indireta é, em essência, uma espécie de responsabilização civil do Estado. Por ela negar o exercício pleno do direito de propriedade, os danos devem ser fixados de acordo com as limitações impostas à propriedade, que será transferida — total ou parcial — para o Estado<sup>25</sup>.

No caso da inviabilização do uso de parcela da propriedade para produção agropecuária não ocorre a transferência da propriedade para o Estado. Caso isso acontecesse, o problema da recomposição permaneceria, pois os percentuais de coberturas vegetais passariam a ser calculados de acordo com a área remanescente, que por simples regra matemática, também esta-

---

<sup>24</sup> CAVALHO, Feliciano de. Desapropriação indireta e a constituição federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Fortaleza, v. 14, n. 16, 2005/2006, p. 120-121.

<sup>25</sup> Recurso extraordinário. Desapropriação indireta. Prescrição. Enquanto o expropriado não perde o direito de propriedade por efeito do usucapião do expropriante, vale o princípio constitucional sobre o direito de propriedade e o direito a indenização, cabendo a ação de desapropriação indireta. O prazo, para esta ação, é o da ação reivindicatória. Confere-se a ação de desapropriação indireta o caráter de ação reivindicatória, que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade de o imóvel voltar a posse do autor, em face do caráter irreversível da afetação pública que lhe deu a Administração Pública. Subsistindo o título de propriedade do autor, daí resulta sua pretensão à indenização, pela ocupação indevida do imóvel, por parte do Poder Público, com vista à realização de obra pública. Hipótese em que não ocorreu prescrição, Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 109853/SP. Relator Ministro Néri Da Silveira. Publicação DJ 19.12.1991)

riam incompatíveis com o direito/obrigação de preservação<sup>26</sup>, criando-se um círculo vicioso que exigiria a desapropriação da totalidade da propriedade. Considerando que tal raciocínio deve ser aplicado repetidas vezes, em favor de todos os proprietários que se enquadrarem na hipótese, a obrigação de pagar do Estado atingiria patamares tão altos que, provavelmente, não poderiam ser custeados.

Por fim, é oportuno apontar que, uma vez fixada a obrigação de recomposição vegetal, o Estado não toma posse da propriedade, requisito exigido pela jurisprudência para a configuração da desapropriação indireta<sup>27</sup>. A posse e a propriedade permanecem com o particular, que passa a suportar uma nova limitação ao exercício da propriedade imposta pela atividade legislativa, o que inviabiliza a tese de desapropriação indireta, portanto.

---

<sup>26</sup> A guisa de exemplo, uma área de 1.000 hectares (ha) tem cobertura vegetal de 20%, de acordo com a lei da época do desmate, totalizando 200 ha. A “desapropriação indireta” de apenas os 15% adicionais no NCF (150 ha) resultaria em uma área final de 850 ha. Como a lei exige um PERCENTUAL de preservação, essa área resultante também estaria obrigada a manter uma área de reserva de 297,5 ha (35%), porém o proprietário teria direito à reserva de meros 170 ha (20%). Novamente seria preciso indenizar o proprietário relativo à diferença entre os 20% e os 35% (127,5 ha), resultando em uma nova propriedade de 722,5 ha. Esse cálculo seria realizado infinitamente, pois nunca se alcançaria um ponto de equilíbrio, o que acabaria por transferir a área por completo mediante o pagamento de sucessivas indenizações.

<sup>27</sup> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. [...] 4. A hipótese de desapropriação indireta pressupõe (i) que o Estado tome posse do imóvel declarado de utilidade pública, independentemente do processo de desapropriação, (ii) que seja dada ao respectivo bem a utilidade pública indicada pelo poder público, (iii) que seja irreversível a situação fática resultante do apossamento do bem e sua afetação. [...] 6. A limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não constituindo despojamento da propriedade, não obriga o Poder Público a qualquer indenização. 7. Recurso especial conhecido, mas improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 191656/SP. Segunda turma. Relator Ministro João Otávio De Noronha. Publicação DJE 27 fev. 2009) (sublinhado nosso)

## 4.2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO DECORRENTE DE ATO LEGISLATIVO

A lei, em sentido material, é norma genérica, abstrata e impessoal. Sendo capaz de gerar direitos e obrigações, não é, por si só, motivo de responsabilização civil por parte do Estado. Todavia, há leis que são meramente formais, pois regulam situações individuais e subjetivas. São as chamadas leis de efeito concreto, que na realidade são atos administrativos determinados pelo Poder Legislativo. Segundo Sergio Cavalieri Filho, “O tratamento a ser dispensado a esses casos é o mesmo dos atos administrativos típicos. Idêntica regra é aplicável àquelas leis que, embora dotadas de certa generalidade, abrangem número limitado de indivíduos”<sup>28</sup>. Continua o autor afirmando que “O indivíduo sofre imposições do Estado, se, porém, os encargos rompem a necessária proporcionalidade e sobrevém o dano, a distribuição do ônus e encargos sociais fundamenta a responsabilidade civil do Estado legislador”.

Na hipótese que hora analisamos, conforme já expusemos, se os proprietários rurais que desmataram no passado, em limites menores, forem obrigados a recomporem a vegetação nos novos patamares, atualmente maiores, estaremos, inegavelmente diante de duas hipóteses de dano, o dano por lucro cessante e o prejuízo emergente<sup>29</sup>. Isso porque, como mencionamos acima, a legislação que eventualmente determine a recomposição é norma que até possui generalidade, porém suas obrigações são limitadas a um número pequeno de indivíduos.

A recomposição da área não é atividade de baixo custo. Assim, os valores eventualmente despendidos pelos proprietários de terras que tem direito adquirido às reservas de 20%

---

<sup>28</sup> CAVALIERI Filho, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 268-269.

<sup>29</sup> Dispõe o art. 402 do Código Civil que, “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

(vinte por cento) ou 25% (vinte e cinco por cento) devem ser ressarcidos dos seus gastos, uma vez que se trata de inovação legislativa que não seria realizada pelos mesmos se não houvesse uma nova exigência estatal.

Além disso, essas áreas também deixarão de produzir, principalmente naquelas destinadas à agricultura, o que faz emergir a responsabilidade do Estado pelos lucros cessantes suportados pelos proprietários de terra. Como a subtração da produção naquela área é indefinida, haverá o dever estatal de indenizar o proprietário a cada lavoura que não for cultivada por força das limitações da nova lei.

A obrigação de indenizar os lucros cessantes, de acordo com esse raciocínio, deve perdurar até que os limites do direito adquirido sejam eventualmente restaurados aos patamares anteriores, podendo perdurar eternamente.

Esse raciocínio não é tão sem sentido, pois diversos países efetivamente pagam aos proprietários rurais para que os mesmos mantenham as suas vegetações nativas e não explorem as suas áreas com agricultura, desenvolvendo um mercado de crédito de carbono, que remunera bem os proprietários de áreas. Não obstante, enquanto o proprietário não passe a receber o equivalente ao que produziria, o dever de indenizar persiste.

## 5. RETROATIVIDADE JUSTA

Como já mencionamos supra, o instituto do Direito Adquirido é objeto de estudo do Direito Intertemporal. Em preciso estudo sobre o Direito Intertemporal, Mario Luiz Delgado nos apresenta um tema digno de reflexão, sem a qual o presente estudo restaria incompleto: Quando a retroatividade seria possível e, sendo possível, existiria uma retroatividade justa?

Não nos alongaremos na discussão sobre se seria ou não possível a retroatividade da lei que não atinja o direito adquiri-

do ou *in bonus*. Conforme já apresentamos, a nosso ver, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, não têm, por si próprios, o condão de impedir a retroatividade. Como elementos do direito adquirido, ainda que o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada existam, só haverá “conflito” entre a retroatividade e o direito adquirido quando aquela fulminar, de alguma forma, aquilo que este tutela. A lógica é a mesma para a retroatividade *in bonus*, já que não há supressão de direito, mas acréscimo, podendo o titular do direito adquirido postular pelo benefício à sua discricionariedade<sup>30</sup>.

O autor afirma que as normas que vedam a retroatividade “não podem ser tomadas como dogmas, contra as quais nenhuma exceção possa ser oposta” e continua afirmando que a segurança jurídica, fundamento da irretroatividade, deve ser sopesada em relação ao novo valor introduzido pela legislação superveniente. Assim, cabe ao interprete concluir pela aplicação da lei nova, com prejuízo do direito adquirido, quando estiverem presentes critérios minimamente objetivos de que a inovação tem valor mais relevante para o ordenamento que a segurança jurídica. Trata-se de uma busca pelo valor do justo, de justiça, concluindo o autor que “É claro que isso provocará alguma insegurança, mas é o preço a ser pago”<sup>31 32</sup>.

---

<sup>30</sup> Também não se pode confundir o não atingimento do direito adquirido com a transação do direito adquirido. É possível que o titular de um direito adquirido transacione nas suas condições, aderindo a outra realidade jurídica, mais ou menos vantajosa.

<sup>31</sup> DELGADO, Mario Luiz. *Novo Direito Intertemporal Brasileiro: Da retroatividade das leis civis*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 267-268.

<sup>32</sup> “O que pretendemos demonstrar é que a retroatividade, mesmo com prejuízo de direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, será sempre possível quando a lei posterior veicular valores e princípios cuja aplicação imediata, inclusive a situações jurídicas do passado, represente uma concretização do valor justiça ou plasmem interesses superiores da coletividade. Os direitos subjetivos individuais, ainda quando qualificados de “adquiridos” não podem se sobrepor aos direitos de toda uma coletividade, como bem coloca Verdü, pois todo e qualquer direito subjetivo, decorrência que é da lei, somente se estabelece por força de uma vontade coletiva, de onde ‘se deduz que jamais um direito individual pode durar mais do que o convencimento unânime da nação. O indivíduo só adquire direitos mediante um querer



No caso em testilha, colocam-se o direito adquirido e o direito de propriedade em antagonismo à vedação do retrocesso social e ao meio ambiente equilibrado. Todavia, esse retrocesso social não é claramente definido, já que não há evidente quantificação do benefício a ser percebido pela coletividade com a cisão do direito adquirido. Já contrário à vedação do retrocesso, há fortes indícios de significativo impacto negativo na economia, o que afetaria diretamente a coletividade. Na realidade, não existe uma opinião única da coletividade, mas uma expressiva divisão entre os dois polos. Em teoria, há um desejo de se proteger o meio ambiente, todavia, também não se deseja pagar o custo da implementação dessa proteção.

Concordamos com Mario Luiz Delgado, considerando possível a retroatividade da lei para beneficiar toda a coletividade, buscando-se sempre alcançar um ideário de justiça, inclusive em razão da possibilidade de indenização do dano, porém, não vislumbramos, na hipótese, os elementos essenciais da retroatividade justa. Entretanto, a opção legislativa no NCF foi no sentido de manutenção do direito adquirido como valor constitucional, não havendo porque se falar em retroatividade nessa hipótese.

## CONCLUSÕES

Conforme restou demonstrado, foi apenas no ano 2000 que foram fixados os atuais patamares de proteção ambiental. Até esse momento, o que existia era um movimento no sentido oposto, que pretendia aumentar as extensões rurais brasileiras, tornando-as cada vez mais produtivas e, para tanto, se autorizando o desmate em patamares muito superiores que os atuais.

---

individual que esteja em harmonia com a vontade coletiva. Sem dúvida, não existem direitos individuais que brotem diretamente da lei, pois é preciso que o indivíduo manifeste uma vontade capaz de assimilá-los. Entretanto, uma manifestação da vontade individual contrária à vontade coletiva é intolerável; e a vontade coletiva é praticamente a lei em vigor”’. (DELGADO, Mario Luiz. *Idem*. p. 271.)

Esse movimento é claro de ser constatado quando se percebe que antes de haver um aumento, em 2000, a proteção estabelecida em 1934 foi reduzida em 5% (cinco por cento) já em 1965.

Sem dúvidas, a Constituição Federal de 1988 lançou novas luzes sobre a proteção do meio ambiente, elevando-a a patamares de direitos fundamentais diretamente derivados da dignidade da pessoa humana. Todavia, as próprias razões do Ministério Público Federal - ao afirmar na ADI 4.901 que “A norma ignora, ademais, que *os percentuais de reserva legal foram aumentados como medida necessária para conter o desmatamento* e assim, cumprir os mandamentos constitucionais de proteção ambiental” - indicam que a regra inserida no artigo 68 do NCF não fere o princípio da vedação do retrocesso social, já que os patamares somente foram aumentados *a posteriori*.

Conter o desmatamento não é o mesmo que recompor vegetação. Se com o passar do tempo se verifica que determinada postura tornou-se nociva, é compreensível que a lei seja alterada para que essa postura cesse, porém *in casu*, a alteração visa coibir atos futuros e não pretéritos. Essa é a definição de contenção.

A norma impugnada prestigia o direito adquirido. Para que se configure retrocesso social seria preciso que efetivamente tivesse havido avanço, o que não ocorreu. O aumento dos limites de desmatamento não significa efetiva recomposição ambiental. Portanto, se as áreas continuam sem reflorestamento, a regra do art. 68 do NCF não retroage a patamares anteriores, mas tão somente regula uma situação posta.

Ademais, ainda que a regra seja julgada inconstitucional, se não houver norma expressa determinando a recomposição, a postura dos proprietários será de abstenção, não surgindo a obrigação automática de recomposição. Também não há que se falar em repristinação do Código Florestal anterior, com

suas alterações, porque o diploma foi expressamente revogado, não pelo art. 68, mas pelo art. 83, que não está sendo objeto de questionamento.

Todavia, se considerarmos que a norma é inconstitucional, somente à guisa de argumentação, não há como o Estado fugir do dever de indenizar. Analisando qual hipótese de indenização exsurgiria, é forçosa a conclusão pelo dano emergente e pelos lucros cessantes, decorrentes dos custos de recomposição e da perda da renda decorrente da extração de parcela da propriedade.

Não se pode falar em desapropriação indireta, porque na propriedade que seria afetada não haveria transferência de posse para o Estado, mas a imposição de uma severa limitação do uso da propriedade. Além disso, considerando-se ser possível a desapropriação indireta, esta não poderia ser apenas da área recomposta, mas de toda a propriedade, pelas razões supra-apresentadas.

Em suma, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 68 do Novo Código Florestal, devendo ser prestigiada a opção legislativa pelo respeito ao direito adquirido, até mesmo porque não há informações confiáveis de que a recomposição dessa área traria benefícios maiores para a coletividade do que os prejuízos econômicos que eventualmente ocorreriam.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.
- AYALA, Patryk de Araújo. *Devido Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial 191656/SP*. Segunda turma. Relator Ministro João Otávio De Noronha. Publicação DJE 27 fev. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 109853/SP*. Relator Ministro Néri Da Silveira. Publicação DJ 19.12.1991.
- BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Portugal, Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALHO, Feliciano de. Desapropriação indireta e a constituição federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Fortaleza, v. 14, n. 16, 2005/2006.
- CAVALIERI Filho, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CONTO, Mário de. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social: Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DELGADO, Mário Luiz. *Novo Direito Intertemporal Brasileiro: Da retroatividade das Leis civis. Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil – Doutrina e Jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil Brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

- JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.901*: petição inicial, Ministério Público Federal. Processo instaurado em 21.01.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 01 nov. 2017.
- JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.901*: manifestação, Advocacia Geral da União. Processo instaurado em 21.01.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 01 nov. 2017.
- PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 19, p. 67-93, 2012. Semestral. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo\\_Flavia\\_Piovesan\\_\(Direitos\\_Humanos\\_e\\_Dialogo\\_entre\\_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Eletrônica da Reforma do Estado*, Salvador, v. 21, p. 1-39, 2010. Trimestral. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e>>. Acesso em: 29 maio 2017.
- TARTUCE, Flavio. *Direito Civil*. vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.