



UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SUSTENTABILIDADE
SÓCIOECONÔMICA E AMBIENTAL
MESTRADO PROFISSIONAL

**A RETROATIVIDADE DAS NORMAS AMBIENTAIS À LUZ DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: O CASO DAS ÁREAS DE
PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM LOTEAMENTOS.**

MARA DE ALMEIDA MOHL

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Curso de Pós-Graduação da
Universidade Federal de Ouro Preto, de
Minas Gerais, como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Direito
Ambiental.

Orientador: Professor Doutor Antônio
Maria Claret de Gouveia.

Coorientador: Professor Doutor Igor
Pantuzza Wildmann.

OURO PRETO, MG
2012

M698r

Mohl, Mara de Almeida.

A retroatividade das normas ambientais à luz da hermenêutica constitucional [manuscrito] : o caso das áreas de preservação permanente em loteamentos / Mara de Almeida Mohl – 2012.

118f.: tabs.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Maria Claret de Gouveia.

Coorientador: Prof. Dr. Igor Pantuzza Wildmann.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Ouro Preto. Mestrado Profissional em Sustentabilidade Socioeconômica e Ambiental.

Área de concentração: Legislação Ambiental e Processos Regulatórios.

1. Direito ambiental - Teses. 2. Retroatividade das normas ambientais - Teses. 3. Inconstitucionalidade – Teses. 4. Direito adquirido - Teses. 5. Loteamentos – Teses. I. Universidade Federal de Ouro Preto. II. Título.

CDU: 502.17:349.6

Catálogo: sisbin@sisbin.ufop.br

Universidade Federal de Ouro Preto

Mestrado em Sustentabilidade Socioeconômica e Ambiental

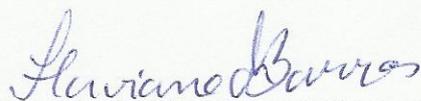
***“A Retroatividade das Normas Ambientais à Luz da Hermenêutica
Constitucional: O Caso das Áreas de Preservação Permanentes em
Loteamentos.”***

Mara de Almeida Mohl

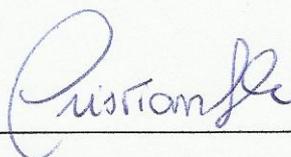
Dissertação Defendida e aprovada, em 29 de junho de 2012, pela banca examinadora constituída pelos seguintes membros:



Prof. Dr Antonio Maria Claret de Gouveia
Universidade Federal de Ouro Preto



Prof^a. Dra. Flaviane Magalhães Barros
Universidade Federal de Ouro Preto



Prof^a Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva
Universidade Federal de Minas Gerais

Dedico esta dissertação ao meu filho Davi, luz de minha vida, nascido no decorrer deste trabalho, e ao meu marido, Igor, grande entusiasta e incentivador, por seu companheirismo e amor.

AGRADECIMENTOS

Aos professores e colegas do mestrado em Sustentabilidade Socioeconômica e Ambiental da UFOP, em especial ao meu orientador Prof. Dr. Antonio Maria Claret de Gouveia, pela atenção, pelas trocas de idéias e pelo convívio.

Ao meus pais, pelo constante apoio.

Em especial, carinhosamente, ao meu marido, Igor Pantuzza Wildmann, exemplo de vida e de ser humano. Grande intelectual, advogado, professor e orientador. Sua paciência e crença em minha capacidade de realização, aliadas ao constante estímulo e exigência, foram, indubitavelmente, os elementos propulsores desta dissertação.

RESUMO

O presente estudo aborda os efeitos retroativos de lei ambiental nova, que transforma em área de preservação permanente terrenos inseridos em loteamentos, aprovados na constância de lei anterior. O trabalho visa a uma solução sustentável entre o interesse público e o direito do indivíduo.

ABSTRACT

The present work concerns about the effects of a new environmental Law, which transforms into a permanent preservation area land acquired under the rule of the anterior Law. This work searches a reasonable solution between the public objectives and the individual fundamental rights.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	1
2 - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: CONCEITO E DEFINIÇÃO.....	6
3 - DA HIPÓTESE: AMPLIAÇÃO DAS DEFINIÇÕES LEGAIS DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E O SURGIMENTO DO PROBLEMA ORA ESTUDADO.....	8
4 - ESTUDO DE CASOS: DA APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE DA NORMA AMBIENTAL EM CASOS CONCRETOS.....	12
5 - O PROBLEMA: A APLICAÇÃO DA LITERALIDADE DA NOVA DEFINIÇÃO NORMATIVA DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E O CONFLITO ENTRE O OBJETIVO COLETIVO E O DIREITO INDIVIDUAL.....	14
5.1 – O precedente ora em estudo: a tese da relativização do direito adquirido nos casos de norma ambiental.....	19

6 - DOS PRINCÍPIOS NA HERMENÊUTICA JURÍDICA. DA FUNÇÃO PREPONDERANTE DOS PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	22
6.1 - Da hierarquia normativa como pressuposto básico do ordenamento jurídico.....	23
6.2 - Controle de constitucionalidade das normas.....	25
7 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	27
8 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A PROTEÇÃO DO CIDADÃO CONTRA A RETROATIVIDADE DAS NORMAS. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
8.1 – Do Princípio da isonomia – direito à igualdade.....	40
8.2 - Princípio da legalidade. <i>A government of laws and not of men</i>	40
8.3 - Princípio da certeza ou da segurança jurídica.....	45
8.4 – Do ato jurídico perfeito.....	46
8.5 – Princípio da irretroatividade das leis. <i>Lex prospicit, non respicit</i>	48
8.5.1 – O princípio da irretroatividade nas normas gerais de Direito e nos direitos penal e tributário.....	53
8.5.1.1 - Direito Penal.....	54
8.5.1.2 - Direito Tributário.....	55
8.6 – A irretroatividade da norma e o respeito ao direito adquirido.....	58

8.7 - Irretroatividade da norma e a hipótese do presente estudo: direito adquirido ou mera expectativa de direito?.....	59
8.7.1. Tese de Baudry-Lacantinerie e Houques-Fourcade.....	60
8.7.2. Tese de Paul Roubier e tese de Planiol.....	61
8.7.3. Tese de Bonnecase.....	63
9 – O ERRO CONCEITUAL NA APLICAÇÃO DOS CONCEITOS DE RETROATIVIDADE E DE DIREITO ADQUIRIDO E AS NEFASTAS CONSEQUÊNCIAS PARA OS PROPRIETÁRIOS E PARA A SEGURANÇA JURÍDICA.....	67
9.1 – A instituição, por lei nova, de áreas de preservação permanente sobre terrenos adquiridos e loteamentos já aprovados à luz da lei anterior: uma forma de desapropriação indireta.....	74
10 – DA SOLUÇÃO SUSTENTÁVEL: DESAPROPRIAÇÃO.....	77
10.1 – O conceito de função social da propriedade e a previsão constitucional de desapropriação, mediante indenização justa e prévia..	77
11 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	89
ANEXOS.....	97

1 – INTRODUÇÃO (EXPOSIÇÃO DOS OBJETIVOS).

Este trabalho procurará abordar a retroatividade da norma ambiental face a situações faticamente consolidadas, à luz dos princípios constitucionais da isonomia; da legalidade; da certeza ou da segurança jurídica e da irretroatividade das leis.

A escolha do tema se deu pela vivência da autora como assessora jurídica da Secretaria de Meio Ambiente e do CODEMA – Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente, do município de Brumadinho, em Minas Gerais.

A origem do problema, objeto do presente estudo, está na substancial alteração da abrangência das áreas de preservação permanente, perpetrada pelas Leis Federais número 7.511, de 07/07/1986, e 7.803, de 18/07/1989, as quais ampliaram o alcance das áreas de preservação permanente previstas na lei original - Lei Federal n. 4.771 (publicada em 1.965) - e abrangeram áreas outrora não tuteladas juridicamente.

Dessa forma, áreas que não eram classificadas como de preservação permanente, pela legislação de 1.965, passaram a sê-lo a partir dos estatutos de 1.986 e, posteriormente, de 1.989.

Delimitamos estritamente o objeto do presente estudo à situação de terrenos não edificadas ou parcialmente edificadas, inseridos em loteamentos urbanos, regularmente aprovados na vigência da lei anterior, e que, pela legislação nova, têm suas áreas de preservação permanente (APP's) ampliadas, de forma a obstar sua utilização.

A questão que tem surgido nestes casos é o conflito entre o assim chamado “direito da coletividade”, que ampara o direito ao meio ambiente, e o direito de

propriedade do indivíduo, que, ao optar por adquirir o imóvel, antes dos diplomas legislativos supracitados, não poderia prever as limitações que as mesmas vieram a ser impostas por leis posteriores.

O que deve ser mais protegido pelo Direito? Ampliação das áreas de preservação permanente ou os direitos individuais daqueles que adquiriram o patrimônio sob a égide de lei anterior, mais permissiva? Existe uma gradação, uma hierarquia entre a proteção do meio ambiente e o respeito ao direito individual do cidadão? A priorização de um deles leva necessariamente a desconsideração do outro? O zelo pelo direito do proprietário significa necessariamente o desprezo pela preservação ambiental? A tutela legal e estatal sobre o bem jurídico “meio ambiente”, significa, necessariamente, desconsiderar o direito do indivíduo sempre que o Estado entender que se deve priorizar a tutela dos interesses da coletividade?

As indagações supra nos vieram em face dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, não raros, que entendem haver um antagonismo quase irreconciliável, trazido supostamente pelas “novas questões” ou “novos paradigmas”, na necessidade de se adequar o direito ao desafio de sobrevivência global que parece encerrar-se na questão ambiental.

Tais entendimentos, a exemplo do esposado nas jurisprudências trazidas a lume neste trabalho, ressaltam que a necessidade de tutelar a questão ambiental passaria, necessariamente, por “atropelos” ao direito de propriedade e a outros direitos fundamentais.

Não pretendemos, de forma alguma, adentrar na seara da filosofia do direito, ou de discussões puramente teóricas, o que passa ao largo não só do objeto do presente trabalho, como da proposta acadêmica para o qual o mesmo se destina: a conclusão de um mestrado profissionalizante.

Procuramos realizar o equilíbrio entre a síntese – um desafio ao profissional da área jurídica – e o suporte em fundamentos legais constitucionais que entendemos necessários a resolver, juridicamente, o impasse que se apresenta com a contraposição entre a preservação do meio ambiente e cumprimento da nova lei ambiental, de um lado, e o respeito do direito individual de propriedade e do direito adquirido, de outro.

Nossa metodologia de trabalho pauta-se na exegese jurídica, ou seja, na subsunção de uma hipótese fática, colhida em nosso cotidiano profissional de advocacia, ao campo das regras e princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

A hipótese fática colhida corresponde a inúmeros casos similares, com os quais tivemos contato. Ocultamos nomes e dados em respeito ao dever de discricção, senão sigilo¹, que o advogado deve ter em relação à vida pessoal de seus clientes.

Não obstante, resguardadas as fontes que nos inspiraram a pensar sobre a questão ora trazida, a hipótese inicialmente formulada no município de Brumadinho, Minas Gerais, certamente corresponde a um sem-número de situações análogas pelo país afora, pelo que consideramos estar em harmonia com a proposta deste curso – mestrado profissionalizante – bem como com nossa convicção de que a pesquisa acadêmica deve ser útil às demandas da sociedade.

Exposta a hipótese extraída dos fatos, adentraremos na análise da sistemática jurídica, abordando suas leis ordinárias, princípios, e entendimentos

¹ O dever de resguardo ao sigilo profissional é imposto pelo art. 34, VII, da **Lei Federal n. 8906/94**. Referido dever, que não se confunde com o segredo de justiça, impõe ao advogado, *a priori*, absoluta discricção em relação aos casos concretos em que atue, sobretudo no sentido de resguardar o direito a intimidade de seus clientes.

doutrinários e jurisprudenciais, tudo no sentido de subsumir a hipótese fática aos ditames normativos do ordenamento jurídico.

Nosso método é o jurídico, também chamado método da hermenêutica jurídica clássica, que, segundo Joaquim José Gomes Canotilho:

“(...) desvenda-se através da utilização de elementos interpretativos: i do elemento filológico (=literal, textual); ii do elemento lógico (= elemento sistemático); iii) do elemento histórico; iiiii) do elemento teleológico (=elemento racional); iiiiii) do elemento genético.”²

Assim, tomaremos uma hipótese extraída de casos concretos e a partir daí discutiremos a solução hermenêutica conferida pela decisão judicial (norma jurídica aplicada ao caso concreto), utilizando-nos não só da literalidade da norma, mas da necessária coerência que a mesma deve ter em relação ao ordenamento como um todo, sobretudo em relação aos ditames constitucionais. Em suma: o método adotado, método jurídico ou hermenêutico clássico pode ser resumido no brocardo romano: *“da mihi factum dabo tibi jus”*.³

Abordaremos inicialmente o conceito e a definição legal das áreas de preservação permanente. Depois, a alteração da legislação e o surgimento do problema-cerne da presente dissertação. Faremos, então, um estudo de casos concretos sob a ótica da retroatividade da norma ambiental e suas implicações geradas pelo conflito entre o objetivo coletivo e o direito individual. Apresentaremos um precedente jurisprudencial controvertido, o qual defende a

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra, Editora Almedina. 2002, pg 1194 – 1195.

³ Dá-me os fatos, dar-te-ei o direito.

tese da relativização do direito adquirido nos casos de norma ambiental. Seguindo, trataremos da visão sistêmica do ordenamento jurídico, ressaltando a submissão das leis ordinárias à Constituição da República. Citaremos as características e a importância do Estado Democrático de Direito, para justificar a relevância do respeito aos princípios constitucionais a ele inerentes; quando trataremos de cada princípio pertinente ao tema.

Ao final, buscaremos encontrar uma solução sustentável⁴, com base na interpretação sistêmica, de forma que o meio ambiente seja preservado, sem, contudo, ceder à tentação de soluções exegéticas que acabem por ofender princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito, causando lesões aos direitos individuais daqueles que agiram segundo as normas vigentes à época de suas ações.

⁴ Sustentação, que pressupõe equilíbrio. No caso, equilíbrio na aplicação de leis ambientais em consonância aos princípios e garantias constitucionais. Equilíbrio na busca de uma solução que atenda aos interesses econômicos e de bem-estar dos indivíduos e da coletividade.

2 – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: CONCEITO E DEFINIÇÃO.

O conceito crucial para o desenvolvimento deste trabalho é o de área de preservação permanente.

O art. 1º do Código Florestal de 1.965, instituído pela Lei Federal nº. 4.771⁵, conceitua área de preservação permanente, como sendo aquela “*área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas*”. O conceito em si é bastante vago e sua leitura isolada levaria à conclusão de que área de preservação permanente é uma área protegida para fins ambientais, sem maiores especificações.

Contudo, se o artigo primeiro conceitua em abstrato as áreas de preservação permanente, são os artigos 2º. e 3º da referida Lei Federal n. 4.771/1965⁶ e da

⁵ **Lei Federal n. 4.771 de 15/09/1965 - Art. 1º** - As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:

II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001).

⁶ **Lei Federal n. 4.771 de 15/09/1965 - Art. 2º** Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

Resolução nº. 303/02 do CONAMA⁷, que definem concretamente as referidas áreas: aquelas áreas situadas próximas a rios ou cursos d'água; ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água; nas nascentes; nos topos de morros, montes, montanhas e serras; nas encostas; nas restingas; nas bordas dos tabuleiros ou chapadas; em altitude superior a 1.800 metros; que não podem ser edificadas, nem suprimidas, tendo em vista a sua localização e a sua função ecológica, mesmo que desprovidas de vegetação nativa.

Como este trabalho trata de áreas de preservação permanente inseridas em loteamentos, localizados em perímetro urbano, é importante mencionar, que o parágrafo único do citado artigo 2º. da Lei Federal n. 4.771/65, consignou expressamente que estas áreas também estão inseridas em regiões urbanas.

-
- c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;
 - d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
 - e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;
 - f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
 - g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
 - h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

- a) a atenuar a erosão das terras;
- b) a fixar as dunas;
- c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;
- e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;
- f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;
- g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;
- h) a assegurar condições de bem-estar público.

⁷ Resolução n. 303/02 do CONAMA - dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente.

3 – DA HIPÓTESE: AMPLIAÇÃO DAS DEFINIÇÕES LEGAIS DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E O SURGIMENTO DO PROBLEMA ORA ESTUDADO.

No quadro abaixo, demonstraremos o que era considerado área de preservação permanente, na publicação do Código Florestal (Lei Federal número 4.771), ocorrido em **1.965**, e o que passou a ser, com a publicação das leis subsequentes, ocorrida cerca de vinte anos depois:

ALTERAÇÕES OCORRIDAS NO ARTIGO 2º. DO CÓDIGO FLORESTAL NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1965 E 2011.			
Lei Federal n. 4.771/65 (redação original)	Lei Federal n. 6.535/78	Lei Federal n. 4.771/1965 (redação dada pela Lei Federal n. 7.511/86)	Lei Federal n. 4.771/1965 (redação atual dada pela Lei Federal n. 7.803/89)
Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:			
a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será:			
1. de 5m p/ rios de menos de 10m de largura.		1. de 30m para os rios de menos de 10m de largura.	1. de 30m p/ cursos d'água de menos de 10 m de largura.
2. igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 a 200m de distância entre as margens.		2. de 50m para os cursos d'água que tenham de 10 a 50m de largura. 3. de 100m para os cursos d'água que meçam entre 50 e 100m de largura. 4. de 150m p/ os cursos d'água que possuam entre 100 e 200m de largura; igual à distância entre as margens para os cursos D'água com largura superior a 200m .	2. de 50m para os cursos d'água que tenham de 10 a 50m de largura. 3. de 100m para os cursos d'água que tenham de 50 a 200 m de largura.
3. de 100m para todos os cursos d'água cuja largura seja superior a 200 metros .			4. de 200m p/ os cursos d'água que tenham de 200 a 600 m de largura. 5. de 500m para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 metros .
b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais.			
c) nas nascentes, mesmo nos chamados "olhos d'água", seja qual for a sua situação topográfica.			c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura .
d) no topo de morros, montes, montanhas e serras.			
e) nas encostas ou parte destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive.			

ALTERAÇÕES OCORRIDAS NO ARTIGO 2º. DO CÓDIGO FLORESTAL NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1965 E 2011.			
Lei Federal n. 4771/65 (redação original)	Lei Federal n. 6535/78	Lei Federal n. 4771/1965 (redação dada pela Lei Federal n. 7511/86)	Lei Federal n. 4771/1965 (redação atual dada pela Lei Federal n. 7803/89)
Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:			
f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues.			
g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas.			g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 m em projeções horizontais.
h) em altitude superior a 1800 metros, nos campos naturais ou artificiais, as florestas nativas e as vegetações campestres.			h) em altitude superior a 1800 m, qualquer que seja a vegetação.
	i) Nas áreas metropolitanas definidas em lei.		Parágrafo único: No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

Assim, como demonstrado, em 1.965, eram consideradas de preservação permanente, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas até **05** metros ao longo de rios de 10 metros de largura (metade da largura), ao passo que em 1.986, esta distância aumentou para **50** metros.

E, em sendo áreas de preservação permanente, as legislações federal⁸ e estadual⁹ permitem a edificação apenas em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizado, quando não existir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto; o que não se enquadra na delimitação de nosso objeto – edificação para fins de interesse individual.

⁸ Lei Federal n. 4.771/65 (artigo 4º).

⁹ Lei Estadual n. 14.309/2002 (artigos 10, 13).

Nosso estudo restringe-se aos terrenos situados em loteamentos urbanos, o que nos leva a trabalhar com loteamentos fechados residenciais¹⁰, nos quais os lotes, em regra, são relativamente pequenos, não ultrapassando o tamanho de um mil ou de poucos mil metros quadrados. Desta feita, as aludidas alterações ocorridas na legislação, em especial, a exigência do mínimo de 50 metros de distância dos rios com largura entre 10 e 50 metros, podem inviabilizar a utilização de muitos deles.

Divergências têm surgido quanto à solução jurídica a ser aplicada no caso em análise, visto que vários loteamentos fechados foram criados e regularmente aprovados, entre 1.965 e 1.985, à luz da redação original do Código Florestal (Lei Federal 4.771), sem que, no entanto, todos os proprietários de terrenos tenham exercido o direito de uso de suas propriedades.

Entendemos como configurado o problema ora estudado com o surgimento concreto do seguinte tipo de situação: dois cidadãos compram seus terrenos, de análoga localização, no mesmo loteamento urbano, aprovado na vigência da lei antiga. O primeiro constrói sua residência e o segundo, não. Neste ínterim, a legislação federal mudou, prevendo que as áreas onde se situam os terrenos seriam, ambas, de preservação permanente.

A síntese do presente trabalho é a indagação sobre qual deve ser o tratamento jurídico conferido a cada um dos casos supra, e seus respectivos porquês.

¹⁰ Segundo Marco Aurélio S. Viana, fala-se em loteamento fechado, loteamento especial, loteamento em condomínio, loteamento integrado e condomínio deitado. Tais expressões buscam indicar aquela modalidade de aproveitamento do solo “que não subordina ao regime da Lei n. 6.766/79. Sua disciplina genérica está na Lei n. 4.591/64, que regulamenta o condomínio e as incorporações imobiliárias, especialmente o art. 8º. Mas loteamento fechado tem sido o termo escolhido por alguns para indicar o loteamento constituído na forma da Lei n. 6.766/79, por ela regido, mas que se afasta do loteamento tradicional porque as vias de circulação e os logradouros públicos, que passam ao domínio público, têm sua utilização assegurada apenas aos proprietários dos lotes, o que se faz mediante permissão ou concessão de uso. (VIANA, Marco Aurélio S.. Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991. p. 29)

Vale reiterar que o problema tratado no presente trabalho é uma hipótese do ponto de vista lógico, sendo, na verdade, o reflexo de inúmeros casos concretos que, uns mais cedo, outros mais tarde, verterão aos tribunais. O que aqui chamamos de hipótese o é em relação à norma jurídica em abstrato, mas não em relação à realidade social.

4 - ESTUDO DE CASOS: DA APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE DA NORMA AMBIENTAL EM CASOS CONCRETOS.

Caso 1: terreno em loteamento, construído na vigência da lei anterior.

Como primeiro caso de estudo, temos a seguinte situação:

O indivíduo **A**, em 1.980, adquiriu um terreno de 1.000 metros quadrados, na medida padrão de 20m de largura x 50m de comprimento, situado às margens de um trecho de **rio com 10 metros de largura**, em um loteamento fechado residencial, **regularmente aprovado em 1.970**, e nele **edificou a 07 metros do rio, em 1.985**.

Caso 2: terreno situado no mesmo loteamento, não construído na vigência da lei anterior.

Como segundo caso de estudo, temos a seguinte situação:

O indivíduo **B**, vizinho limítrofe do indivíduo A, adquiriu, no ano de 1.985, um terreno de 1.000 metros quadrados, na medida padrão de 20m de largura por 50m de comprimento, situado às margens do mesmo **rio de 10 metros de largura**, no mesmo loteamento residencial, **regularmente aprovado em 1.970**.

Análise comparativa dos casos: diferenças e semelhanças fáticas e suas consequências na aplicação das normas ambientais.

Os lotes dos indivíduos A e B são idênticos, localizam-se no mesmo loteamento, legalmente aprovado em 1.970, em plena consonância com as normas jurídicas válidas na época do ato administrativo de sua aprovação.

Ambos os lotes situam-se às margens de um rio de 10 metros de largura, sendo que cada lote toca o rio em toda a extensão de sua largura, ou seja, de vinte metros.

Não somente o loteamento fora aprovado na década de 70, como ambos os lotes foram adquiridos do empreendedor, antes da substancial alteração do Código Florestal, perpetrada pela Lei Federal n. 7.511/1.986, ou seja: não há nada de ilícito nos atos de aprovação ou de aquisição dos referidos terrenos, vez que tudo fora feito em perfeita consonância com a legislação que então vigorava.

A única diferença entre eles é que o indivíduo A edificou antes da substancial alteração do Código Florestal, e o indivíduo B, apenas no ano de 2.012 disporá de recursos financeiros para edificação em seu lote.

Ocorre que de acordo com o Código Florestal atualmente vigente, ambos os lotes estão totalmente inseridos em áreas de preservação permanente – APP's, pois elas passaram a medir 50 metros em rios de 10 metros de largura. Daí surgem diversas indagações:

1. Se o indivíduo A construiu em seu lote; o indivíduo B também teria direito de construção?
2. O indivíduo B poderia edificar em seu lote, posto que o loteamento fora regularmente aprovado antes da alteração do Código Florestal, ocorrida em 1.986?
3. Ou ainda: o indivíduo B não teria direito de construir, e conseqüentemente, usar seu lote, pois não o fez antes de 1.986, e as restrições legais de APP seguem o imóvel e incidem a partir da vigência da lei?

5 – O PROBLEMA: A APLICAÇÃO DA LITERALIDADE DA NOVA DEFINIÇÃO NORMATIVA DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E O CONFLITO ENTRE O OBJETIVO COLETIVO E O DIREITO INDIVIDUAL.

Pela simples leitura isolada do citado Código Florestal, concluir-se-ia que o mesmo seria aplicável a todas as áreas que se enquadrassem em suas definições, independentemente da observância de direitos adquiridos sobre tais áreas.

Assim, se a alteração do Código Florestal ampliou as áreas de preservação permanente para 50 metros distante dos rios com 10 ou mais metros de largura, todos os terrenos, nesta situação, tornar-se-iam áreas de preservação permanente e, conseqüentemente, teriam sua edificação e o seu uso impossibilitados. Não importariam, dessa forma, a aquisição lícita e a boa-fé dos proprietários de terrenos não edificados, nem a insegurança jurídica gerada com a mudança, mas apenas a satisfação do assim chamado objetivo coletivo, em detrimento do individual.

Todavia, o método de interpretação jurídica não se restringe à simples leitura isolada da literalidade deste ou daquele dispositivo normativo. Segundo esclarece Igor P. Wildmann¹¹:

“A doutrina, há mais de século, já superou a arcaica concepção de que à norma jurídica só caberia a interpretação literal”.

¹¹ WILDMANN, Igor Pantuzza. Aspectos Jurídicos da Securitização de Dívidas Rurais como Medida de Subvenção Econômica. Belo Horizonte: FDUFG. 1997. P. 16.

A norma deve ser interpretada à luz do ordenamento jurídico¹², considerando-se, sobretudo, o respeito aos direitos fundamentais¹³, de forma que haja coerência em sua exegese, respeitando-se as hierarquias normativas, com a submissão das leis ordinárias às normas constitucionais.

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴ conceitua ordenamento jurídico como um sistema composto por normas dinâmicas, que se subdividem em regras e princípios. Para o autor, o ordenamento jurídico:

- “é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas;
- é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’;
- é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas;

¹² Ordenamento jurídico é a disposição hierárquica das normas jurídicas (regras e princípios) dentro de um sistema normativo. Por este sistema, cada dispositivo normativo possui uma norma da qual deriva e à qual está subordinada, sendo a Constituição a lei maior, à qual todas as demais leis devem ser compatíveis material e formalmente.

¹³ Segundo Kildare Gonçalves Carvalho, a expressão “direitos fundamentais” tem sido utilizada, nas últimas décadas, pela doutrina e pelos textos constitucionais, para designar o direito das pessoas, em face do Estado, que constituem objeto da Constituição. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional didático. 3. ed. Belo Horizonte. Del Rey. 1994. P. 183.

¹⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra : Almedina, 2002. p. 1.143.

- é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras”.

Assim sendo, o ato jurídico, bem como a própria lei, deve, segundo o comando constitucional, respeitar princípios considerados maiores, os assim chamados direitos fundamentais, dentre eles o ato jurídico perfeito e os direitos adquiridos:

Constituição da República de 1.988

Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Verifica-se que a imposição posta no comando constitucional supracitado é dirigida à própria lei e não só ao administrador ou à entidade política. É a lei que se torna limitada, em seus efeitos, pela lei maior. A lei ou o dispositivo de lei cuja redação leve à violação dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos será tida como inconstitucional, e, portanto, seus efeitos, sua eficácia no caso concreto e mesmo sua vigência, podem ser judicialmente invalidadas perante as vias de ação ou de exceção¹⁵.

¹⁵ O controle de constitucionalidade pode ocorrer de dois modos: por via de ação (a inconstitucionalidade é o próprio pedido da demanda judicial), por via de exceção (a arguição de inconstitucionalidade é feita pelo réu como forma de alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.) Para maior esclarecimento, vide item 6.2.

Não obstante o STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – tribunal superior que trata dos conflitos existentes entre as leis ordinárias e a Constituição da República, tenha entendido, em alguns julgados¹⁶, poder haver uma limitação administrativa ao direito de construir, subordinado aos ditames do Plano Diretor e às ordenações da cidade, com relação ao zoneamento e coeficiente de aproveitamento, o mesmo Tribunal possui diversos acórdãos abordando, por outro lado, o respeito aos direitos adquiridos, tendo, inclusive, editado a Súmula n.º. 473/69, abaixo transcrita:

¹⁶ “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I. - O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II. - Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, C.F. III. - Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei. IV. - R.E. não conhecido”.(RE 178836 / SP - Relator: Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 08/06/1999 - Publicação 20/08/1999 - Órgão Julgador: Segunda Turma)

“DIREITO DE CONSTRUIR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A CONSTRUÇÃO, PORQUE SEQUER INICIADA, QUANDO SOBREVEIO LEI NOVA, DE ORDEM PÚBLICA, QUE A IMPEDIU. PRECEDENTES. R.E. INDEFERIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO COM SEGUIMENTO NEGADO PELO RELATOR NO S.T.F. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO”. (AI 121798 AgR / RJ - Relator: Min. SYDNEY SANCHES - Julgamento: 04/03/1988 - Publicação 08/04/1988 - Órgão Julgador: Primeira Turma)

“LICENÇA PARA CONSTRUIR. REVOGAÇÃO. OBRA NÃO INICIADA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL POSTERIOR. I. COMPETÊNCIA DO ESTADO FEDERADO PARA LEGISLAR SOBRE AREAS E LOCAIS DE INTERESSE TURISTICO, VISANDO A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PAISAGISTICA (C.F., ART. 180). INOCORRENCIA DE OFENSA AO ART. 15 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; II. ANTES DE INICIADA A OBRA, A LICENÇA PARA CONSTRUIR PODE SER REVOGADA POR CONVENIENCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEM QUE VALHA O ARGUMENTO DO DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO”. (RE 105634/PR - Relator: Min. FRANCISCO REZEK - Julgamento: 20/09/1985 - Publicação 08/11/1985 - Órgão Julgador: Segunda Turma)

“Licença de construção. Requerimento de alvará indeferido em face da legislação vigente por ocasião do exame do projeto. Inexistência de direito de construir segundo a legislação vigente por ocasião do protocolamento do pedido. Inocorrência de afronta a direito adquirido (art. 153, parágrafo 3., da CF) e inadequação de negativa de vigência aos arts. 2. e 6. da Lei de Introdução ao Código Civil. Recurso extraordinário não conhecido”.(RE 90059 / SP - Relator: Min. DJACI FALCAO - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA – Publicação28/03/1980)

STF - Súmula nº. 473/69

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Também o artigo 11 da Lei Estadual n. 14.309/02, a qual dispõe sobre política florestal e de proteção à biodiversidade no Estado de Minas Gerais, procurou resguardar os direitos adquiridos, não obstante de forma vaga, respeitando a ocupação antrópica¹⁷ nas áreas de preservação permanente. Transcrevemos o dispositivo:

Lei Estadual n. 14.309/02

Art.11 – “Nas áreas consideradas de preservação permanente, será respeitada a ocupação antrópica já consolidada, de acordo com a regulamentação específica e averiguação do órgão competente, desde que não haja alternativa locacional comprovada por laudo técnico e que sejam atendidas as recomendações técnicas do poder público para a adoção de medidas mitigadoras, sendo vedada a expansão da área ocupada”. (grifamos)

¹⁷ Antrópico - Pertencente ou relativo ao homem ou ao período de existência do homem na Terra. MICHAELIS: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo. Melhoramentos. 2010.

Poderíamos até argumentar, com base neste dispositivo legal, bem como na Constituição da República, que os loteamentos, aprovados na égide da lei anterior, constituem uma ocupação antrópica consolidada (pela abertura de vias, realização de obras de infra-estrutura, demarcação e delimitação de lotes) e justificar, assim, o uso de seus terrenos atualmente inseridos em APP's; contudo, não é dessa forma que o Poder Judiciário tem interpretado o dispositivo supra, conforme veremos no julgado a seguir colacionado.

5.1 – O precedente ora em estudo¹⁸: a tese da relativização do direito adquirido nos casos de norma ambiental.

Embora o respeito aos direitos adquiridos seja uma imposição constitucional, a Primeira Câmara Cível do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, ao julgar o Recurso de Apelação inscrito sob o número 1.0223.03.126435-9/002¹⁹, publicado em 10/03/2006, entendeu que:

“APP - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - MATA CILIAR - ÁREA URBANA - PROJETO "NOVA MARGEM - VIDA NOVA AO ITAPECERICA" - MUNICÍPIO DE DIVINÓPOLIS - LEGALIDADE - PLANTIO E DEMARCAÇÃO - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. - A preservação ambiental, inclusive da mata ciliar, independe de qualquer norma outra específica e de qualquer regulamentação, sendo prevista na Constituição da República e no Código Florestal. - O

¹⁸ Este precedente foi escolhido para análise por guardar total pertinência com o objeto de estudo do presente trabalho.

¹⁹ Íntegra do acórdão em anexo.

Ministério Público tem atuado de forma eficaz e decisiva na proteção do meio ambiente e é juridicamente possível a propositura de Ação Civil Pública para discutir a regularização de meio ambiente e a proteção necessária ao desenvolvimento urbano, pois neste caso se trata de interesses difusos e coletivos, sobre bens não disponíveis, sendo evidente o interesse público. - ***Não há direito adquirido absoluto decorrente da ocupação antrópica já consolidada, pois as restrições legais de APP seguem o imóvel e incidem a partir da vigência da lei. Não se caracteriza a ocupação antrópica à falta de construções, acessões e benfeitorias sobre a área de preservação.***

- O proprietário adquire o imóvel com todos os direitos e deveres inerentes ao mesmo, submetendo-se às medidas de restrições decorrentes da necessidade de proteção à mata ciliar, mormente se ao adquirir o imóvel já estava vigente o Código Florestal com a restrição APP. - O laudo do IBAMA e o parecer municipal, embora possam demonstrar a boa-fé dos proprietários, não produzem direitos contra a lei. - As obrigações impostas na sentença, de demarcar, isolar e cercar, sem qualquer obrigação de demolir, se insere dentro do necessário à preservação da APP no caso concreto; ***a abstenção de intervenção e utilização não traduz qualquer afronta ao direito de propriedade*** e a permissão de recuperação e plantio, sem custo para os proprietários, vem propiciar a recomposição prevista em lei". (grifamos)

Embora no acórdão conste que quando o atual proprietário adquiriu o imóvel já estava vigente o Código Florestal com a ampliação da área de preservação permanente, seus registros são anteriores à Constituição Federal de 1.988 e ao Código Florestal, consoante aferiu o próprio voto da desembargadora relatora.

Assim, como o vendedor do imóvel tinha direito adquirido de uso, gozo, fruição e disposição do bem, e, tendo sido a venda lícita e de boa-fé, podemos afirmar que o atual proprietário também teria os mesmos direitos adquiridos do vendedor.

Entretanto, no entendimento da turma julgadora, havia a necessidade de se priorizar o assim chamado “objetivo coletivo”, o qual se sobreporia ao direito individual do proprietário, que não poderia sequer exercer seu direito de uso, nem ser indenizado pela perda.

Notemos que não se trata de limitar o coeficiente de utilização do terreno ou o zoneamento da região, mas, na prática, inviabilizar qualquer uso econômico do mesmo.

Não obstante, o mesmo acórdão não levou em conta que, por outro lado, a sociedade, como um todo, também seria prejudicada, diante da incerteza e insegurança jurídicas geradas.

É importante ressaltar que deve haver equilíbrio na aplicação da norma, de forma a preservar os princípios constitucionais consagrados e a harmonia da vida em sociedade.

E é o equilíbrio, cuja idéia advém com a própria evocação do conceito de sustentabilidade, que pretendemos alcançar com o presente estudo.

Após a descrição fática do problema, com as consequentes indagações e interpretações judiciais, faz-se necessário abordar seu aspecto jurídico, ressaltando as regras e princípios constitucionais, bem como as leis ordinárias pertinentes, o que será objeto de análise do próximo capítulo.

6 – DOS PRINCÍPIOS NA HERMENÊUTICA JURÍDICA. DA FUNÇÃO PREPONDERANTE DOS PRINCÍPIOS E DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

Não pretendemos adentrar nos pormenores das teorias existentes sobre normas, princípios e regras da hermenêutica jurídica; no entanto, buscaremos pontuar suas diferenças e peculiaridades para compreensão do problema em análise.

Segundo Kildare Gonçalves de Carvalho, a palavra princípio vem do latim, *principium*, e significa início, ponto de partida. Na linguagem filosófica, o termo foi introduzido por Anaximandro, significando fundamento, causa. Não indica a coisa, mas sua razão de ser, pois no âmbito da filosofia, o princípio é o fundamento ou a razão para explicar por que é que as coisas são o que são. Mas como origem, ponto de partida, princípios de uma ciência são as proposições básicas fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes, sendo os alicerces, os fundamentos da ciência.²⁰

Os princípios são considerados o elemento chave da ordem jurídica, por representar aqueles valores supremos da sociedade que os adota.

Para José Afonso da Silva²¹, princípios são as verdadeiras ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, ou, são "*núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais*".

Há princípios que se aplicam universalmente e outros que são próprios da cultura jurídica de um país. Segundo Miguel Reale²²:

²⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves de. Direito Constitucional Didático. 3ª ed. Belo Horizonte. Del Rey. 1994. P. 156

²¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. P. 94.

²² REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 313.

“Os princípios gerais de Direito põem-se, destarte, como as bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua força vital ou histórica”.

Os princípios podem, ou não, estar incorporados no Direito Positivo, constando expressamente do texto legal, ou serem inferências do sistema, constituindo, em ambos os casos, preceitos básicos da organização constitucional que norteiam as leis.

Estas, por sua vez, são normas escritas de Direito, devendo preencher os requisitos previstos na Constituição da República. Assim, leis devem ser aprovadas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo. Nos dizeres de Silvio de Salvo Venosa²³:

“Lei é uma regra geral de direito, abstrata e permanente, dotada de sanção, expressa pela vontade de uma autoridade competente, de cunho obrigatório e de forma escrita”.

6.1 - Da hierarquia normativa como pressuposto básico do ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico é sistemático, porém de estrutura piramidal, estando em seu topo a Constituição da República; logo abaixo, sucessivamente, as leis

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 37.

complementares; as leis ordinárias; as leis delegadas; as medidas provisórias; os atos normativos como decretos legislativos; resoluções; decretos e provimentos; além das normas convencionais e concretas como contratos e sentenças.

Segundo nos ensina Canotilho²⁴, a Constituição designa o conjunto de normas, oriundas de regras e princípios que apresentam, relativamente às normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico (leis, resoluções, decretos, etc.), caráter fundacional e primazia na interpretação e aplicação.

Desta forma, os princípios presentes na Constituição da República, especialmente aqueles que tratam dos direitos fundamentais, exprimem uma ordem de valores que se difunde por todos os campos do ordenamento jurídico, cujas regras, necessariamente, têm de ser interpretadas à sua luz, de forma que se a literalidade de uma regra colidir com um princípio constitucional, a regra não deve prevalecer, por vício de inconstitucionalidade.

Assim sendo, respeitáveis doutrinadores constitucionalistas²⁵ consideram, a nosso ver, não sem razão, a violação de um princípio constitucional como algo muito mais grave do que a transgressão de uma regra, uma vez que a não observância de um princípio significa uma ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra : Almedina, 2002. p. 1.131.

²⁵ MELLO, Celso Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores. 1992. P. 817-818.

6.2 - Controle de constitucionalidade das normas.

Como a Constituição da República é a lei maior, que dita os preceitos para as demais, estas devem com ela estar em perfeita sintonia, não podendo contrariar nem as exigências formais impostas para a edição de normas, nem o conteúdo nela escrito.

Assim, a principal garantia da primazia da Constituição são os mecanismos de controle de constitucionalidade, que permitem afastar uma norma incompatível com texto constitucional.

O controle de constitucionalidade brasileiro é misto, por contemplar tanto o controle abstrato, quando apenas um órgão do poder judiciário julga a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em si, como o concreto, quando qualquer juiz ou tribunal decide incidentalmente sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato ou lei ao julgar determinado caso concreto. O controle de constitucionalidade da norma, por sua vez se dá mediante a arguição de parte interessada, podendo esta fazê-lo por via de ação ou por via de exceção, a depender da posição processual daquele que a argui. Excepcionada a hipótese da ação direta de inconstitucionalidade ou das ações públicas, o controle de constitucionalidade é, via de regra, exercido pelos próprios cidadãos, que podem arguir judicialmente, em casos concretos de seu interesse, a inconstitucionalidade de determinada norma infraconstitucional, com o objetivo de não estarem obrigados ao cumprimento da mesma.

Antes de adentrarmos nos diversos princípios jurídicos pertinentes ao tema de estudo, deve-se ressaltar que os mesmos se justificam, ou melhor, coexistem de forma sistêmica no Estado Democrático de Direito.

7 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Considera-se Estado Democrático de Direito aquele que “declara e assegura direitos fundamentais, direitos subjetivos da pessoa que materializam a liberdade concreta, tornando existente a essência do Direito”.²⁶

Assim sendo, o Estado, para ser entendido como Estado Democrático de Direito, deve “apresentar um conjunto amplo dos princípios que o compõem indispensavelmente, como os princípios da certeza e da segurança jurídicas, da irretroatividade das leis e do direito adquirido”.²⁷

Com base nesses princípios essenciais elaboram-se outros princípios e regras jurídicas que compõem o ordenamento jurídico, em constante processo de construção.

Destarte, tais princípios são inerentes ao Estado Democrático de Direito e com ele mais que coexistem: na verdade, os direitos fundamentais sustentam o Estado Democrático de Direito, sendo a realização efetiva dos mesmos essencial para a própria existência do Estado enquanto de Direito.

Desta feita, para ser considerado como Estado Democrático de Direito, não basta a existência, como às vezes se pensa comumente, de eleições diretas para órgãos do Poder Executivo. O conceito de Estado Democrático de Direito, pressupõe a existência, como regra, da efetivação conjunta, simultânea e sistemática dos seguintes direitos:

²⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 20, n.3. P. 29.

²⁷ TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy. 2003. p. 114.

- a) Direitos civis: são o primeiro grupo de direitos consagrados historicamente nos primórdios do que veio a ser o constitucionalismo moderno: o direito à liberdade de ir e vir; o direito de crer e professar sua crença religiosa ou filosófica conforme suas convicções e consciência; o direito à integridade física; o direito a não ser condenado, sem o devido processo legal; o direito a não ser condenado criminalmente senão por ato previamente definido em lei; o direito ao respeito à propriedade privada, inclusive diante de atos do Poder Soberano e de seus agentes; o direito ao tratamento equânime perante a lei, independentemente da origem e classe social, etc..²⁸
- b) Direitos políticos: basicamente, os direitos políticos são os direitos de votar e de ser votado em eleições para cargos públicos. Os direitos políticos são uma característica marcante das democracias republicanas e seu surgimento se deu a partir das revoluções republicanas do século XVIII.²⁹
- c) Direitos econômicos, sociais e culturais: a desigualdade social que marcou o século XIX e as crises econômicas que abalaram as democracias ocidentais desde o início do século XX levaram à conclusão de que apenas a consecução dos direitos civis e políticos não levariam à realização plena do ideal humanista que inspirou a consagração dos mesmos como direitos fundamentais. A crescente complexidade das relações econômicas e sua sujeição a ciclos de acumulação – prosperidade – depressão - levou a repensar o conceito de democracia e quiçá a questionar – senão a atacar – sua própria existência, como sendo supostamente responsável pela penúria da maioria da população. Desde idéias como o socialismo utópico e a

²⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, 71. Revista Brasileira de Estudos Políticos. 1990.

²⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, 71. Revista Brasileira de Estudos Políticos. 1990.

doutrina social da igreja, que propunham um capitalismo permeado por solidariedade e boa vontade, até o fascismo e o comunismo que, em última instância, pregavam a abolição dos direitos civis e políticos da população em prol da consolidação de um Estado forte no qual se realizassem o bem-estar material, o fato é que os séculos XIX e XX foram repletos de tentativas de substituir a democracia liberal por um projeto em que se abriria mão dos direitos civis e políticos, outorgando-se ao Estado as liberdades individuais, em troca, em tese, da asseguuração mínima de realizações de natureza econômico-social: acesso ao trabalho, moradia, tratamento de saúde, acesso a educação para todos, etc.. A síntese dialética entre este choque de concepções de mundo, deu-se, decerto, a partir da crise de 1.929 e a aplicação, na política do *New Deal*, das idéias de John Maynard Keynes.³⁰ Pode-se dizer que houve a introdução daquilo que juridicamente se denomina como “poder-dever” de intervenção do Estado na economia, com o objetivo de assegurar - sem abrir mão do sistema econômico baseado na iniciativa privada e no respeito ao direito de propriedade - um ambiente favorável à geração de empregos e ao bem-estar social.³¹ A partir dali estaria inaugurada a moderna concepção de Política Econômica, e mais: as aspirações de ordem material passaram a ser incorporadas em Cartas de Direitos, tornando-se assim mais uma gama de direitos inerentes ao Estado Democrático, que, sem abrir mão dos direitos civis e dos direitos políticos, passa a ter como objetivo central de

³⁰ WILDMANN, Igor Pantuzza. Da taxa de câmbio como instrumento de política econômica. Poder de compra vs pleno emprego: a busca da economicidade na definição da política cambial. Tese de doutoramento. Belo Horizonte. Faculdade de Direito da UFMG. 2010. pgs. 103-105.

³¹ WILDMANN, Igor Pantuzza. Da taxa de câmbio como instrumento de política econômica. Poder de compra vs pleno emprego: a busca da economicidade na definição da política cambial. Tese de doutoramento. Belo Horizonte. Faculdade de Direito da UFMG. 2010. pgs. 103-105.

sua política econômica a consecução dos hoje chamados “direitos econômicos, sociais e culturais.”³²

Portanto, o Estado Democrático de Direito é aquele que se compromete efetivamente a tutelar essas três esferas de direito, de forma simultânea, interdependente e sistêmica. Como uma sucessão de círculos concêntricos onde um mais exterior assegura proteção à camada interior, assim são os grupos de direito supracitados num Estado Democrático de Direito: a realização plena e efetiva de um dos grupos só é possível se há a realização dos direitos de outro grupo. Não há liberdade de consciência sem acesso à educação, não há acesso à propriedade privada sem garantia do direito ao trabalho.

Nas últimas décadas, a despeito do cinismo político e do uso desmedido da defesa dos direitos humanos para mera propaganda política, o fato é que a preocupação com os mesmos tem crescido sensivelmente nas relações internacionais. Os ideais de justiça e dignidade humanas, consagrados em instrumentos programáticos da ONU, como a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, têm sido reconhecidos como norte nas relações humanas, tanto em nível intraestatal como internacional. Independentemente da discussão que possa haver acerca do valor jurídico das declarações de direitos e das resoluções da ONU, seu conteúdo tem formado diretrizes em torno das quais tem evoluído um consenso cada vez maior, demandando árduos esforços nos níveis político e jurídico para sua implementação.³³

³² WILDMANN, Igor Pantuzza. Da taxa de câmbio como instrumento de política econômica. Poder de compra vs pleno emprego: a busca da economicidade na definição da política cambial. Tese de doutoramento. Belo Horizonte. Faculdade de Direito da UFMG. 2010. pgs. 103-105.

³³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *in* RBEP n.71, BH 1991. Ver também, no mesmo sentido, TRINDADE, Antonio Augusto

A implementação dos direitos humanos defendida na Proclamação de Teerã (1968)³⁴, feita na 1ª Conferência Internacional de Direitos Humanos, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, afirma que estes direitos seriam indivisíveis, tal sua relação indissociável entre os aspectos civil, político, econômico, social e cultural:

13. "Since human rights and fundamental freedoms are indivisible, the full realization of civil and political rights without the enjoyment of economic, social and cultural rights is impossible. The achievement of lasting progress in the implementation of human rights is dependent upon sound and effective national and international policies of economic and social development;"³⁵

Em suma: embora possam ser seccionados para fins didáticos, os direitos fundamentais (ou direitos humanos) são indivisíveis e é somente a sua consecução simultânea, ou ao menos a existência de normas razoavelmente eficazes no sentido de impor a sua consecução simultânea, que caracterizam a existência de um Estado Democrático de Direito.

Cançado: do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais *in* Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza, Porto Alegre, Fabris, 1.995.

³⁴ ONU – Organização das Nações Unidas. Final Act of the International Conference on Human Rights. (Teheran: 22 april to 13 may, 1968.) United Nations. New York, 1968. Pg 03. Disponível em http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdfhttp://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf. Consultado em 20 de novembro de 2.011.

³⁵ Art. 13º “Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais torna-se impossível. A consecução de um progresso duradouro na implementação dos direitos humanos depende de sólidas e eficazes políticas nacionais e internacionais de desenvolvimento econômico e social. Tradução livre.

Também os direitos difusos, em que seus titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por uma circunstância de fato, são oriundos de conquistas sociais, constituindo-se instrumentos processuais para solução dos conflitos coletivos de ordem econômica, social ou cultural. Caracterizam-se por sua indivisibilidade, pois sua satisfação atinge a uma coletividade indeterminada, sendo impossível sua mensuração individual.

Sem se pautar, como regra, no respeito aos Direitos Humanos como um todo indivisível, não há Estado Democrático de Direito. O sacrifício puro e simples de uma gama de direitos fundamentais, institucionalmente praticado ou fomentado, ao fundamento de que outra gama de direitos merece mais proteção por ser “socialmente mais relevante ou útil” não atenta apenas contra o direito sacrificado, mas contra a essência do Estado Democrático de Direito.

Em síntese, o Estado Democrático de Direito pode ser assim conceituado e identificado de acordo com a existência de alguns requisitos:

“O Estado de Direito, expressão usada pela primeira vez por Robert Von Mohl (Rechtsstaat) acha-se historicamente vinculado ao liberalismo político e econômico³⁶, destacando Verdu os seguintes elementos:

- a) Primazia da lei, que regula toda a atividade do Estado;
- b) Sistema hierárquico de normas, que realiza a segurança jurídica que se concretiza numa categoria de normas com diferentes graus de validade;
- c) Legalidade da administração, com um sistema de recursos em favor dos administrados;

³⁶ CARVALHO, Kildare Goncalves de. Direito Constitucional Didático. 3ª Ed. Belo Horizonte. Del Rey. P. 169.

- d) Separação de poderes como garantia da liberdade e freio de possíveis abusos;
- e) Reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais, incorporados à ordem constitucional;
- f) Sistema de controle de constitucionalidade das leis, como garantia contra eventuais abusos do Poder Legislativo”.³⁷

A construção e a manutenção do Estado Democrático de Direito estão longe de ser tarefa fácil. Diante das questões complexas do dia a dia, as tentações simplistas e de cunho autoritário são muitas. Mas ficamos com o adágio segundo o qual *“o preço da democracia é a eterna vigilância”*.

³⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Madrid: Tecnos, 1.986, v.2. Apud. CARVALHO, Kildare Goncalves de. Direito Constitucional Didático. 3ª Ed. Belo Horizonte. Del Rey. P. 169.

8 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A PROTEÇÃO DO CIDADÃO CONTRA A RETROATIVIDADE DAS NORMAS. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A concepção de que existiriam direitos naturais do ser humano, ao qual ele faria jus pelo simples fato de ser humano (daí a expressão direitos humanos), veio se consolidando em contraposição à cosmovisão jurídica que imperava, em maior ou menor grau, na Idade Média, segundo a qual:

- a) Os homens seriam essencialmente desiguais em virtude da condição de nascimento (nobre ou plebeu) e da religião (se católico ou não)³⁸, pelo que os direitos, em consequência, seriam da mesma forma essencialmente desiguais, em virtude de tais fatores.
- b) A propriedade de terras e bens seria uma prerrogativa concedida pelo soberano aos nobres. O uso dessas propriedades seria uma concessão dos nobres aos seus vassallos, os quais teriam direito de trabalhá-las, mediante repasse, ao nobre, da parte que este último entendesse devida³⁹.
- c) Os vassallos, via de regra, não teriam o direito de locomover-se para fora dos domínios do senhor sem a autorização deste; suas pessoas eram objeto de transações negociais entre nobres, de forma que os vassallos poderiam ser cedidos, transferidos, ou vendidos, não individualmente como escravos. Os servos não poderiam ser separados de suas famílias ou de suas terras. Não obstante, estes – e sua capacidade de trabalho -

³⁸ A literatura sobre tal tema é vasta e dispensa referências pormenorizadas. Apenas para ilustrar, citamos HAUGTH, James. A. Perseguições religiosas: uma história do fanatismo e dos crimes religiosos. Tradução Bette Tori. Rio de Janeiro: Ediouro. 2003. Pgs. 19 e ss, 59 e ss, dentre outras.

³⁹ HUNT, E.K. História do Pensamento Econômico. 17^a ed. Rio de Janeiro. Editora Campus. 2002. P. 30

eram vistos como “acessórios das terras negociadas” das quais só poderiam se desligar com autorização expressa do suserano⁴⁰.

- d) A ordem de poder estabelecida, bem como o fundamento do poder dos reis e dos direitos da nobreza, seria divino. A vontade do senhor, e posteriormente, a do rei, como expressão da vontade de Deus, teria o condão de obrigar.

A evolução do pensamento racionalista levou aos ideais iluministas e ao liberalismo político, pensamento que, partindo das concepções jusfilosóficas, trouxe as bases da teoria dos direitos fundamentais (direitos humanos) e do constitucionalismo moderno, que, em contraposição à cosmovisão medieval, estrutura-se nos seguintes pilares:

- a) “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos⁴¹. (...) As distinções sociais só podem se fundamentar na utilidade comum. (...) A lei deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir”.⁴² “Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.⁴³

⁴⁰ HUNT, E.K. História do Pensamento Econômico. 17ª ed. Rio de Janeiro. Editora Campus. 2002. P. 30

⁴¹ FRANÇA. Assembléia Nacional. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Paris, 23 de agosto de 1789. Art. 1º. In. BRASIL. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> . Consultado em 27 de janeiro de 2012.

⁴² FRANÇA. Assembléia Nacional. Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão. Paris, 23 de agosto de 1789. Art. 1º. In. BRASIL. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Art. 6º.

⁴³ , FRANÇA. Assembléia Nacional. Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão. Paris, 23 de agosto de 1789. Art. 1º. In. BRASIL. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Art. 6º.

- b) “A finalidade do Estado ou de toda associação política” (...) (reino, federação, confederação, etc.) “(...) é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. “Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”⁴⁴ Sendo todos os cidadãos iguais perante à lei, o direito de propriedade é oponível até mesmo ao Estado, devendo por ele, portanto, ser respeitado.
- c) A liberdade consiste em fazer o que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.
⁴⁵ A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem.⁴⁶
- d) A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer para a formação das leis. A soberania emana da nação. Os direitos fundamentais do homem são naturais.⁴⁷

⁴⁴FRANÇA. Assembléia Nacional. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Paris, 23 de agosto de 1789. Art. 1º. In. BRASIL. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Art. 6º.

⁴⁵FRANÇA. Assembléia Nacional. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Paris, 23 de agosto de 1789. Art. 1º. In. BRASIL. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Art. 5º.

⁴⁶FRANÇA. Assembléia Nacional. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Paris, 23 de agosto de 1789. Art. 1º. In. BRASIL. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Art. 11º.

⁴⁷FRANÇA. Assembléia Nacional. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Paris, 23 de agosto de 1789. Art. 1º. In. BRASIL. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Art. 6º.

Tais direitos foram criados para proteger o cidadão contra os abusos do Poder, pois o Direito é um meio de defesa contra o arbítrio e a força que constituem a essência do Estado. A supremacia constitucional, que engloba os mais importantes princípios jurídicos, constitui um instrumento de proteção do cidadão contra a força do Estado.

Dessa forma, temos que todo o artigo 5º da Constituição da República visa a proteger o cidadão ou suas associações em face da força monumental do Estado. O próprio *caput* do referido artigo 5º é expresso ao conferir as garantias constitucionais “(...) aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país (...)” deixando claro que se trata de direitos e garantias criados precipuamente para proteger as pessoas e grupos de pessoas que são o foco principal e fundamental de tal proteção constitucional.

No mais, toda a essência dos diversos incisos do referido artigo é um desenrolar de direitos aos cidadãos e obrigações ao Estado, enquanto poder administrador, judicial ou mesmo legislador.

José da Silva Pacheco⁴⁸ leciona:

“A expressão direito fundamental, embora utilizada pela Constituição da Alemanha, não consta formalmente da Constituição da Itália, França e Áustria. A nossa a usa como epígrafe do título II. Significa os direitos e liberdades constitucionalmente protegidos, por meios do controle, concentrado ou difuso, da constitucionalidade das leis e dos atos dos órgãos públicos.”

⁴⁸ SILVA PACHECO, José da. O mandado de segurança e outras ações Constitucionais típicas. São Paulo. RT. 2002. P. 76

Rodolfo Viana Pereira⁴⁹, em profunda reflexão sobre os pontos divergentes e convergentes entre os chamados constitucionalismos antigo e moderno, leciona:

“(...) ainda que se possa sustentar, como o faz MC ILWAIN, de que exista um princípio em comum a ambos os constitucionalismos, de que *‘el rasgo característico más antiguo, constante e duradero del verdadero constitucionalismo continúa siendo, como lo há sido casi desde el comienzo, la limitación del gobierno por el derecho’*, é preciso ressaltar que os modernos fizeram uma delimitação radical no conceito.”

Para sintetizar o conceito e a teleologia (finalidade) do constitucionalismo e da própria teoria da Constituição, em sua versão mais moderna e respeitada, recorreremos às lições de Jose Joaquim Gomes Canotilho⁵⁰:

“Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político – social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.”

⁴⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional* Del Rey. 2001. P. 85.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª edição. Coimbra, Ed. Almedina, 2002. P. 51.

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵¹:

“Repugna ao pensamento político contemporâneo a ilimitação do poder. Ao contrário, é arraigada a convicção de que o poder, mesmo legítimo, deve ser limitado, pois “todo poder corrompe”, inclusive o democrático.(...)”

Mais à frente, discorrendo sobre as garantias fundamentais:

“As garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do poder público que violariam direito reconhecido”.

Em suma: quem sofre restrições, com as normas e princípios constitucionais é, por essência, o poder estatal e não o direito fundamental do indivíduo.

Toda a moderna concepção de Estado Democrático de Direito foi talhada de forma a limitar os poderes do Estado e a proteger os direitos da coletividade, sem desrespeitar os direitos do indivíduo.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 1975. P. 87.

8.1 – Do Princípio da isonomia – direito à igualdade.

O princípio da isonomia jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos limites de suas desigualdades, procurando garantir o equilíbrio entre todos⁵².

Ele deve ser considerado sob dois aspectos: o da igualdade na lei e o da igualdade perante a lei. Igualdade na lei constitui exigência destinada ao legislador, que, na elaboração da lei, não poderá fazer nenhuma discriminação. Aliás, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais (Constituição da República, art. 5º., XLI). A igualdade perante a lei pressupõe que já esteja elaborada e se traduz na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação⁵³.

8.2 - Princípio da legalidade. *A government of laws and not of men.*

O princípio da legalidade é a busca de regras claras e o cerceamento dos excessos dos governantes, podendo bem ser resumido no adágio norte-americano:⁵⁴ “*a government of laws and not of men*”.

⁵² CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 60.

⁵³ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 60.

⁵⁴ “Um governo de leis, não de homens”. A autoria dessa frase é geralmente atribuída a John Adams, primeiro vice-presidente norte-americano e segundo presidente daquele país, e hodiernamente é usada

A mais antiga concepção de democracia do mundo ocidental remete à concepção judaica de que todos os homens – inclusive os soberanos, estão subordinados à Lei (Lei esta que, nas escrituras judaicas apresenta sua auto-proclamada origem divina como forma de se impor, inclusive, aos soberanos, no claro intuito de evitar-lhes os excessos e a tentação absolutista).

Ao comentar trecho do antigo testamento, o escritor israelense Amos Oz traz interessante interpretação dos versículos 22 a 33 do capítulo 18 do livro de Gênesis, no qual Abraão debate e barganha insistente e atrevidamente com Deus, sem que isso lhe acarrete qualquer punição:

“ (...) o judaísmo sempre foi um interminável jogo de interpretações e contra-interpretações. (...) Isso é algo que eu considero singular em nossa civilização (...) Nós discutimos não apenas entre nós, mas discutimos com Deus. Nós nos damos o direito de discordar. Sempre. De qualquer um. Temos “idéias melhores de como organizar e governar o mundo” . Essa característica remonta a Abraão, discutindo com o próprio Deus, a respeito do destino da cidade de Sodoma. Barganhando com Deus como um astuto negociante de carros usados – cinquenta justos, quarenta, trinta, vinte, talvez dez. E quando perde a discussão, Abraão não cai de joelhos e se desculpa pela ‘chutzpe’ (atrevidimento) de discutir com Deus, isso não ! Ele desafia e diz: (...) ‘Será que o juiz de toda a terra não fará justiça?’ E vejam, essas palavras atrevidas não provocam uma chuva de fogo e enxofre sobre Abraão, como teriam provocado em outras religiões e civilizações. Deus destrói Sodoma, mas Deus perde a discussão com Abraão. (...) O significado das ousadas

reiteradamente por juristas e políticos britânicos e norte-americanos, a fim de sintetizar o ideal democrático – constitucional.

palavras que ele dirige a Deus: ‘ - Será que o juiz de toda a terra não fará justiça?’ - é: Você pode ser o Mestre do Universo, mas você não está acima da Lei. Você pode ser o Legislador, mas Você não está acima da Lei. Você pode ser o CEO, mas Você não está acima da Lei. A Lei está acima de Você.’ E este, senhoras e senhores, é o núcleo radioativo da nossa civilização.”⁵⁵

Na verdade, ainda que possa soar como blasfêmia perante devotos e dogmáticos, a análise supra faz uma interessante leitura da elevação do princípio da legalidade acima do princípio da autoridade, ou seja, a lei acima da vontade do soberano (Estado).

Interessante notar ainda que, ao contrário de outras civilizações – que elevavam seus monarcas à condição de divindade além da crítica humana - os heróis – inclusive os reis – da história e mitologia judaica, são notoriamente pecaminosos, falíveis e, portanto, não merecedores de culto, idolatria ou de elevação a um grau de autoridade isento à crítica ou ao questionamento.

“Nossos heróis são falíveis. Assustadoramente falíveis. Nenhum deles pode ser, portanto, venerado como ídolo e como representante inequívoco da virtude ou sabedoria. A grandeza deles está justamente no fato de serem humanos. Humanos como cada um de nós. Nosso espelho de referência não são eles, e sim os valores – ou, enfaticamente, parte dos valores que praticam. Nosso ‘eu’ pode e deve ser moldado por estes valores, mas nosso ‘eu’ não deve ser como o eu

⁵⁵ OZ, Amos. Conferência do judaísmo progressista em Israel. *In* Devarim. Revista da Associação Religiosa Israelita do Rio de Janeiro – ARI. Ano 2. N. 4. Julho de 2007. P. 12 – 13.

deles.(...) Os heróis da Bíblia e do Talmud lembram que no reino da vida humana a pureza inexiste”.⁵⁶

Assim, se a moderna democracia ocidental herdou dos gregos a participação dos cidadãos na *polis*, ela herdou dos judeus a ojeriza à mitificação e divinização dos governantes, os quais, desde o testamento antigo, são meros homens, imperfeitos e “pecadores”, devendo os mesmos estarem, independentemente de seu posto, abaixo da lei e jamais acima desta. Em épocas remotas onde as civilizações do entorno (persas, egípcios, etc.), viam a pessoa do soberano como dotada de divindade, na cultura judaica, o objeto imediato de reverência já era a Lei – ainda que tida como de origem divina - e jamais a pessoa do soberano.

Milênios depois das escrituras judaicas e da democracia ateniense, a Assembléia Nacional da França, em 1789, dava mais um passo e proclamava, no corpo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão⁵⁷:

Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão

Art. 5º. (...) “Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. (...)”

⁵⁶ OZ, Amos. Conferência do judaísmo progressista em Israel. *In* Devarim. Revista da Associação Religiosa Israelita do Rio de Janeiro – ARI. Ano 2. N. 4. Julho de 2007. P. 13.

⁵⁷FRANÇA. Assembléia Nacional. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Paris, 23 de agosto de 1789. *In*. BRASIL. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Loc cit.* O passo a que nos referimos foi na seara teórica do dever-ser (*sollen*) que evoluiu a despeito dos horrores da tirania em que se transformou o governo revolucionário francês no período do terror.

Art. 8º “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

O histórico diploma lançou nos dispositivos supracitados os fundamentos dos modernos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade das normas.

Como não poderia deixar de ser, também o artigo 5º., inciso II, da Constituição da República de 1.988, consagra o princípio da legalidade, segundo o qual:

Constituição da República de 1.988

Art. 5º. II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No Estado de Direito deve imperar a lei, e através dela, a certeza de que da conduta das pessoas não derivarão outras consequências jurídicas além das previstas, em cada caso e momento, pela lei já vigente. Tal princípio visa a combater o poder arbitrário do Estado.⁵⁸ Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder.⁵⁹

Nos dizeres de Enrico Ferri:

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18 ed. São Paulo. Ed Atlas. 2005. P. 36.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18 ed. São Paulo. Ed Atlas. 2005. P. 36.

“A sociedade civilizada não seria nem juridicamente regulada, nem materialmente possível, se não vigorasse a norma fundamental de que todo cidadão tem a faculdade de fazer tudo aquilo que não é proibido pela lei”.⁶⁰

8.3 - Princípio da certeza ou da segurança jurídica.

O Estado Democrático, ao positivizar o Direito, submetendo-se ao princípio da legalidade, visa a proporcionar aos indivíduos segurança em suas relações.

Essa estabilidade social, obtida através do princípio da certeza jurídica, assegura a consagração e a aceitação, pela ordem jurídica, dos fatos e atos jurídicos já realizados conforme as normas em vigor. Também o princípio da segurança jurídica gera a previsibilidade do enquadramento jurídico da conduta dos indivíduos com base na ordem normativa existente. Assim, com os princípios da certeza e da segurança jurídica garantem-se tanto o passado quanto o futuro das situações jurídicas, proporcionando ao cidadão a paz necessária para a vida estável em sociedade.

Tais princípios sequer precisam estar expressos no texto constitucional, pois são indissociáveis desse tipo de Estado, que sendo fundado nas leis (Estado de Direito) advindas da vontade popular (Estado Democrático de Direito), ao formulá-las, já promove a segurança das situações jurídicas quanto ao presente e ao futuro, e ao elaborá-las de forma não aleatória ou arbitrária, mas

⁶⁰ FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime; prefácio do Prof. Belega dos Santos; tradução de Paolo Capitânio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 151.

a partir da própria vontade autodeterminante popular, respeita as situações transcorridas no passado.⁶¹

A necessidade de se garantir a certeza dos indivíduos, sujeitos das situações jurídicas, de que as relações realizadas sob o império de uma lei perdurarão ainda que seja ela substituída (já que a lei é feita para vigorar e produzir seus efeitos para o futuro), como condição para a prevalência da segurança jurídica, ocorre em relação a todas as leis e a todas as situações jurídicas.

8.4 – Do ato jurídico perfeito.

Nos termos do artigo 5º., XXXVI, da Constituição da República de 1.988, a lei não prejudicará o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

O melhor e mais preciso conceito de ato jurídico e de ato jurídico perfeito, a nosso ver, era posto pelo antigo Código Civil de 1916 (Lei Federal 3.071/1.916):

Código Civil de 1916

Art. 81 – “Todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos se denomina ato jurídico”.

⁶¹ TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy. 2003. p. 261.

Seus requisitos formais de validade – essenciais à sua caracterização como “ato jurídico perfeito” vinham contidos no artigo subsequente:

Código Civil de 1916

Art. 82 – “A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”. (arts. 129, 130 e 145).

No Código Civil atual (Lei Federal n. 10.406/2002), que não define ato jurídico, disposição semelhante se encontra no artigo 104:

Código Civil atual

Art. 104. “A validade do negócio jurídico requer:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei”.⁶²

Tem-se como aceito que Ato Jurídico Perfeito é aquele ato já realizado, de acordo com a lei vigente ao tempo em que ocorreu, visto que satisfaz todos os requisitos formais para a geração dos seus efeitos, tornando-se completo ou acabado. Sua importância é a garantia da imutabilidade da situação jurídica realizada dentro dos parâmetros legais, no caso de superveniência de lei nova.

⁶² O código de 2002 fala a respeito dos negócios jurídicos, ordenando, não obstante, no art. 185, que “*os atos jurídicos que não sejam negócios jurídicos se regem pelas mesmas disposições destes*”, de forma que o art. 104 vale também como requisito de validade de todos os atos jurídicos, independentemente de serem negócios jurídicos ou não. (Tal discussão conceitual, alias, passa longe do objeto do presente trabalho). O fato, portanto, e que, ressalvadas as hipóteses de anulabilidade do ato jurídico por vício de consentimento, a ordem jurídica considera como válido o ato praticado por agente capaz, cujo objeto seja lícito, determinado ou determinável e cuja forma seja a prescrita ou não defesa em lei.

8.5 – Princípio da irretroatividade das leis. *Lex prospicit, non respicit*.

Por este princípio, as leis regem somente os fatos presentes e futuros, não se submetendo aos seus efeitos as situações jurídicas anteriores à data de sua entrada em vigor. O princípio da irretroatividade das leis é antiqüíssimo e remonta ao Direito Romano, que já trazia o adágio de que a lei obriga os atos futuros, não os passados: *lex prospicit, non respicit*⁶³.

Ainda que se possa discutir qual é a exata origem histórica de tal princípio, incontestável é que no século XVIII o mesmo foi consagrado nas Constituições de Filadélfia (1.774), Virgínia (1.776) e Mariland, no mesmo ano. Concomitantemente, foi ele inscrito na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1.789: “A lei não pode estabelecer senão as penas estrita e evidentemente necessárias e tampouco se pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito.”⁶⁴, propagando-se pelos diversos países.

De acordo com José Frederico Marques, este princípio “tem significado político e jurídico: no primeiro caso, é garantia constitucional dos direitos do homem, e, no segundo, fixa o conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito seja estabelecido genericamente, sem definição prévia da conduta punível e determinação da *sanctio juris*⁶⁵ aplicável”.⁶⁶

⁶³ A lei prevê, não retroage.

⁶⁴ “La loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée”. In FRANÇA. Assembléia Nacional. Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão. Paris, 23 de agosto de 1789. In. BRASIL. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Loc cit*

⁶⁵ Sanção jurídica.

⁶⁶ MARQUES, José Frederico. Curso de direito penal. V.1. 1954. P. 132 e 133.

Desde o Brasil Império, o princípio da irretroatividade era consagrado em nosso país. Tanto na Constituição do Império, de 1.824, quanto na Constituição da República, de 1.891, havia a declaração da irretroatividade ampla, já que a proibiam em qualquer hipótese. Transcrevemos os dispositivos:

Constituição de 1.824

Art. 179, n. II e III – “Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública. A sua disposição não terá efeito retroativo”.

Constituição de 1.891

Art. 11, § 3º – “É vedado aos Estados, como à União prescrever leis retroativas”.

Já a Constituição de 1.934 consagrou a irretroatividade relativa, ou seja, a proibição de prescrever leis retroativas significava apenas a exigência da lei nova respeitar os limites do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, conforme abaixo citado:

Constituição de 1.934

Art. 113, n. 3 – “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

No entanto, tão arraigada é a noção de que o Princípio da Irretroatividade das Leis tem natureza constitucional, que, mesmo em plena vigência da

Constituição de 1.937, autores como o Professor João Franzen de Lima não hesitaram em afirmar que – “a irretroatividade das leis, mesmo quando não seja cânon constitucional, permanece como princípio científico do direito, princípio orientador de legisladores e juízes.”⁶⁷

Já a Constituição de 1.946, democraticamente, retomou sua consagração.

Constituição de 1.946

Art. 141, § 3º. – “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A Constituição de 1.967, bem como sua Emenda de 1.969, embora em regime autoritário, mantiveram o princípio da irretroatividade.

Constituição de 1967

Art. 149, IX – “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à vida, à liberdade; ao trabalho e à propriedade, nos seguintes termos: (...) – respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”.

⁶⁷ *Apud* FRANÇA, R. Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1994. p. 205. LIMA, João Franzen de. Irretroatividade das Leis. Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 30, n. 132. 1941. P. 45.

Constituição de 1967 com a nova redação dada pela Emenda Constitucional de 1969

Art. 153, § 3º. – “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O Decreto-Lei n. 4.657, de 04/09/1942, não obstante promulgado com o nome de Lei de Introdução ao Código Civil, regulamenta, na verdade, questões pertinentes não apenas ao Direito Civil, mas a todos os ramos do Direito, dispondo sobre a própria estrutura e funcionamento das normas, razão porque a Lei Federal n. 12.376, de 30/12/2010, alterou sua nomenclatura para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

Assim é que, dispondo a todos os ramos do direito, o artigo 6º dessa hodierna e vigente norma consagrou a irretroatividade das leis como regra no ordenamento jurídico, sendo da sua própria essência, tamanha é a sua importância para a preservação da segurança jurídica:

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

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

A atual Constituição da República de 1.988, no seu artigo 5º., XXXVI, confirmou a irretroatividade relativa trazida pela Constituição de 1.934 e seguintes.

Constituição de 1.988

Art. 5º., XXXVI – “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Não há necessidade de grandes malabarismos teóricos para se explicitar tal consagrado princípio. Embora não expresso na Constituição, é considerado mesmo uma premissa de moralidade da norma jurídica e do governo que a institui, vez que é imperativo lógico que não se pode obrigar ao cumprimento de normas que sequer existem. Em nosso ordenamento, o princípio da irretroatividade das normas veio positivado e expresso na antiga lei de Introdução ao Código Civi, hodiernamente denominada Lei de Introdução às Normas Brasileiras. O objetivo é trazer ao ordenamento jurídico clareza de regras e respeito aos atos praticados à luz da lei vigente à época dos mesmos.

Segundo Cláudia Toledo, de acordo com o princípio da irretroatividade das leis, os efeitos da lei nova não podem remontar a período anterior à data de sua entrada em vigor. Sua justificativa encontra-se em três argumentos:

- 1) a lei só pode obrigar a partir do momento em que existe, pois antes disso, seu conhecimento é impossível, não podendo, então, ser presumido em relação aos indivíduos a ela submetidos;
- 2) a irretroatividade é a regra porque somente com sua garantia se possibilita a certeza e a segurança jurídicas, ou seja, o indivíduo pode contar com a proteção das situações jurídicas já formadas, com sua imutabilidade, porquanto validamente criadas, pelo que passa também a confiar nas disposições do

ordenamento jurídico, podendo prever como sua conduta nelas será enquadrada;

3) embora as leis estejam em constante modificação, acompanhando as mudanças e demandas sociais, o ordenamento jurídico apresenta uma unidade e um desenvolvimento no tempo, não podendo sofrer, a cada nova lei elaborada, a desconsideração de todas as situações jurídicas realizadas, bem como de todos os direitos adquiridos sob a vigência da lei revogada.⁶⁸

É importante ressaltar que a efetiva atribuição de retroatividade a uma lei é exceção na História. Somente ocorreu em momentos de extrema anormalidade social ou rupturas institucionais enviesadas pelos mais hediondos regimes totalitários. Assim, assimilando as idéias da época, o Brasil, na Constituição de 1.937, omitiu qualquer referência ao princípio da irretroatividade.⁶⁹

A regra, portanto, é a irretroatividade das leis, um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

8.5.1 – O princípio da irretroatividade nas normas gerais de Direito e nos direitos penal e tributário.

Tanto o direito penal, como o tributário, trataram do tema, inadmitindo expressamente a retroatividade da norma, salvo para beneficiar o réu ou o

⁶⁸ TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy, 2003. p. 193.

⁶⁹ Na Alemanha nazista, a Lei de 28 de junho de 1935 – quatro anos antes da conflagração da 2ª guerra mundial - ab-rogou o § 2º. do Código Penal de 1871, devendo o magistrado, ao apreciar o fato delituoso, inspirar-se na “sã consciência do povo germânico”, o que significava observar os ditames e a visão de mundo pelo ditador totalitário, chamado de “o líder”, *Der Führer*.

contribuinte (artigo 5º, XL, Constituição da República de 1.988 e artigo 106, II, Lei Federal n. 5.172, de 25/10/1966 - Código Tributário Nacional).

8.5.1.1 - Direito Penal

A Constituição da República de 1.988, em seu artigo 5º., XXXIX, e o Código Penal (Lei Federal n. 7.209, de 11/07/1984), em seu artigo 1º., estabelecem como regra primeira, de maior importância para o direito penal:

Constituição da República de 1.988 - art. 5º., XXXIX

Código Penal - art. 1º

“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

E como segunda regra complementar, também a Constituição da República de 1.988, artigo 5º., XL, e o Código Penal, artigo 2º., assim dispõem:

Constituição da República de 1.988

Art. 5º, XL – “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Código Penal

Art. 2º - “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Portanto, não há crime sem que, antes de sua prática, haja uma lei descrevendo-o como fato punível. Por outro lado, a pena não pode ser aplicada sem lei anterior que a defina. Assim, é lícita qualquer conduta que não se encontre definida em lei penal incriminadora.

Neste sentido, se não há crime sem lei anterior, obviamente a lei não pode retroagir para alcançar condutas, que, antes de sua vigência, eram considerados fatos lícitos; a não ser que a lei posterior seja mais benigna para o réu.

Tais máximas não comportam exceções e são inquestionavelmente sedimentadas na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

8.5.1.2 - Direito Tributário

Os princípios da anterioridade e da legalidade são as principais garantias dos contribuintes contra a instituição ou majoração de tributo retroativo ou

simultâneo à ocorrência do fato gerador.⁷⁰ Na Constituição da República de 1.988, esses dois princípios estão dispostos nos artigos 5º, inciso II, e 150, como base de todo o sistema tributário:

Constituição da República de 1.988

Art. 5º. II – “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (princípio da legalidade)

Art. 150 – “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III – cobrar tributos:

- a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; (princípio da irretroatividade)
- b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”. (princípio da anterioridade)

A citada alínea b do inciso III do artigo 150 da Constituição da República refere-se ao princípio da anterioridade, segundo o qual a lei que institui um tributo ou aumenta sua alíquota só pode incidir sobre fatos ocorridos no exercício subsequente ao de sua entrada em vigor.

Neste sentido, dispôs o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em sua Súmula de número 67, ora transcrita:

⁷⁰ Fato gerador é um fato ou conjunto de fatos a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado.

Supremo Tribunal Federal

Súmula n. 67 - “É inconstitucional o tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro”.

O princípio da anterioridade, princípio constitucional tributário, é um refinamento do princípio da irretroatividade. Exige lei anterior ao início do exercício financeiro no qual o tributo é cobrado (CR, art. 150, inc. III, alínea b).⁷¹

Em que pese não ser nosso objeto de estudo, é interessante notar que no fundamento do princípio da anterioridade está à intenção de evitar surpresas para o cidadão, com a instituição ou a majoração de tributos, no curso do exercício financeiro, tudo a fim de possibilitar-lhe o planejamento de seus atos e de sua vida econômica.

Quanto ao princípio da irretroatividade, temos a vedação da cobrança de tributo sem prévia previsão legal. Assim, como em matéria penal, sua principal regra - *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*⁷², os princípios da legalidade e da irretroatividade consubstanciaram-se também em matéria tributária - *nullum vectigal sine praevia lege*⁷³, ou seja, o requisito mínimo para permitir ao Estado tributar um fato é sua criação por lei, bem como o caráter prévio desta mesma lei em relação ao fato que se pretende tributar.

⁷¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31 ed. Malheiros: São Paulo. 2010. P. 42.

⁷² Não há crime, sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁷³ Não há tributo, sem lei anterior que o defina.

8.6 – A irretroatividade da norma e o respeito ao direito adquirido.

No direito positivo brasileiro, o princípio do direito adquirido encontra-se expressamente declarado na Constituição da República de 1988⁷⁴, texto que traz, no mesmo inciso (art. 5º., XXXVI), como limites à retroação legal, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Também a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, em seu art. 6º., § 2º., dispõe que direito adquirido é aquele que seu titular pode exercer.

De acordo com CELSO BASTOS⁷⁵, o direito adquirido:

“constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra”.

O consagrado conceito supracitado deixa claro que o respeito ao direito adquirido é uma consequência direta da aplicação do princípio da irretroatividade da norma. Na prática, o questionamento acerca da existência

⁷⁴ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, nos termos seguintes:
(...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

⁷⁵ BASTOS, Celso. Dicionário de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994. p.43.

ou não de direito adquirido somente surge quando uma lei nova passa a disciplinar diversamente matéria objeto de lei antiga, quando então um sujeito de direito afirma possuí-lo, em virtude de um ato ou fato jurídico que lhe gere direitos, com base nas normas vigentes à época de sua ocorrência.

Mesmo que a norma posterior não reconheça mais os mesmos direitos oriundos dos mesmos atos ou fatos jurídicos, tal ausência de reconhecimento só deverá ser aplicada às situações novas, mantendo-se válidas e reconhecidas pelo ordenamento normativo as situações consolidadas ou os direitos gerados e, portanto, adquiridos na vigência da norma anterior.

Os indivíduos agem conforme a ordem jurídica existente, criam situações jurídicas com base nela, de acordo com os requisitos que ela exige, não podendo prever que haverá mudança legislativa, nem muito menos, podendo prever quais condutas devem adotar para produzir atos jurídicos, isto é, atos válidos, regulares. A lei só pode obrigar a partir do momento em que existe, pois, antes disso, seu conhecimento é impossível.

8.7 - Irretroatividade da norma e a hipótese do presente estudo: direito adquirido ou mera expectativa de direito?

Como salientado no item 8.6, o princípio da irretroatividade da norma busca resguardar os direitos adquiridos na vigência da lei anterior.

Na hipótese do presente estudo, os proprietários de terrenos não edificados, situados em loteamentos aprovados na vigência da lei anterior, que se tornaram APP's com a alteração do Código Florestal, ocorrida em 1.986, teriam

direito adquirido ou mera expectativa de direito com relação ao uso de seus terrenos?

Para responder esta pergunta, buscamos amparo nas clássicas lições de Eduardo Garcia Maynez⁷⁶, o qual expôs com clareza e senso crítico as diversas teorias dos direitos adquiridos, desenvolvidas por autores europeus, expondo o porquê dos acertos e erros das mesmas.

8.7.1. Tese de Baudry-Lacantinerie e Houques-Fourcade.

Segundo estes autores, a faculdade legal não exercitada, constitui mera expectativa, ou seja, a existência do direito adquirido pressupõe o exercício da faculdade legal.

Para explicar sua teoria, citam, dentre outros exemplos, o direito de propriedade. O adquirente de um imóvel encontra-se facultado, de acordo com a lei, para usar, desfrutar e dispor do bem; mas suas faculdades legais decorrentes do direito de propriedade não se convertem em verdadeiros direitos adquiridos senão apenas quando seu titular efetivamente as exercita, pelo que se a nova lei as suprime ou restringe, não incorre no vício de retroatividade.⁷⁷

⁷⁶ MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. 7ª.ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1956. P. 388.

⁷⁷ BONNECASE, *Supplément*. tomo II. P. 131. Apud MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. 7ª.ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1956. P. 392.

Crítica à tese de Baudry-Lacantinerie e Houques-Fourcade:

Maynez, entretanto, observa com lucidez que o direito não deriva de seu exercício, nem, conseqüentemente, pode dele estar condicionado. Se assim fosse, a existência das obrigações também estariam condicionadas ao seu cumprimento.

Quanto ao exemplo da propriedade, Maynez sustenta que as faculdades que a lei concede ao proprietário de um bem são direitos por ele adquiridos desde o momento em que se torna proprietário, mesmo quando os exercita posteriormente, ou nunca chegue a exercitá-los.⁷⁸

8.7.2. Tese de Paul Roubier e tese de Ferdinand Planiol.

Segundo Maynez, Paul Roubier, renomado civilista francês, dá um passo no desenvolvimento da teoria do direito adquirido, ao sustentar que sua base reside na distinção entre o efeito retroativo e o efeito imediato da lei.

Para ele, as normas legais possuem efeito retroativo quando se aplicam:

- a) A feitos consumados sob o império de uma lei anterior;
- b) A situações jurídicas em curso, em razão dos efeitos realizados antes do início da vigência da nova lei.

Dessa forma, Roubier distingue os efeitos realizados antes do início da vigência da segunda lei, dos que ainda não se realizaram. O princípio geral

⁷⁸ MAYNEZ, Eduardo Garcia. Introducción al Estudio del Derecho. 7ª.ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1956. P. 392.

estabelecido pelo jurista francês sustenta que a lei antiga deve se aplicar a todos os efeitos realizados até o início da vigência da lei nova, enquanto esta deve reger os posteriores.⁷⁹

Também para Marcel Ferdinand Planiol (1853-1931), jurista francês, as leis são retroativas quando se referem ao passado, seja para apreciar as condições de legalidade de um ato, seja para modificar ou suprimir os efeitos já realizados de um direito. Fora destes casos, não pode haver retroatividade e a lei pode modificar os efeitos futuros de feitos ou de atos anteriores, sem ser retroativa.⁸⁰

Crítica às teses de Roubier e Planiol:

De acordo com Maynez, a doutrina de Roubier tem o mérito de distinguir o efeito imediato da lei de seu efeito retroativo. No entanto, incorre em equívoco, quanto ao conceito de retroatividade, pois considera que uma lei é retroativa apenas quando modifica consequências de direito realizadas sob o império da lei anterior. Assim, os efeitos realizados após a entrada em vigor da nova disposição estão, necessariamente, a ela submetidos, sem que se possa falar de aplicação retroativa.

Novamente, Maynez sustenta que as consequências de um direito (faculdades ou deveres) existem desde o momento de seu surgimento, mesmo quando a realização efetiva de tais consequências dependa da produção de outros feitos jurídicos. Por exemplo: tão logo o comprador e o vendedor acordam sobre o bem e o valor, o contrato de compra e venda se conclui e nascem

⁷⁹ MAYNEZ, Eduardo Garcia. Introducción al Estudio del Derecho. 7ª.ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1956. P. 393.

⁸⁰ MAYNEZ, Eduardo Garcia. Introducción al Estudio del Derecho. 7ª.ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1956. P. 394.

determinados direitos e obrigações a favor e a cargo das partes. A circunstância de tais direitos e obrigações podem ser respectivamente exercitadas e cumpridas imediatamente ou em data posterior, é independente da existência dos mesmos.⁸¹

8.7.3. Tese de Bonnecase.

Já para Julien Bonnecase, a teoria dos direitos adquiridos se baseia na distinção entre situações jurídicas abstratas e concretas. Uma lei padece de retroatividade quando pretende modificar ou extinguir uma situação jurídica concreta; não é, ao contrário, quando simplesmente limita ou extingue uma situação abstrata, criada pela lei anterior. Exemplo: uma lei diminui para dezoito anos a maioridade. Todos os menores de dezoito anos se encontram, relativamente à nova lei, em uma situação jurídica abstrata. Mas, ao completar essa idade, a situação jurídica abstrata se transforma em concreta.

Assim, a transformação de uma situação abstrata em uma situação concreta depende de um fato ou de um ato jurídico.

As situações jurídicas concretas devem ser respeitadas pela nova lei somente quando sua aplicação retroativa não lesione o interesse dos sujeitos postos em tais situações. Se não há lesão de interesses, a nova lei deve aplicar-se, mesmo quando sua aplicação seja retroativa.⁸²

⁸¹ MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. 7ª.ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1956. P. 395.

⁸² MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. 7ª.ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1956. P. 396.

Crítica à tese de Bonnecase e exposição da tese de Eduardo Garcia

Maynez:

Maynez sustenta que a teoria de Bonnecase sobre direito adquirido é a mais aceitável, mas discorda de sua terminologia empregada, pois não há situações jurídicas abstratas. Toda situação jurídica nasce da aplicação de um preceito de direito e, neste sentido, é sempre concreta. Abstrata é a regra legal, não a situação jurídica. Esclarece, outrossim, que a distinção é desnecessária. Basta declarar que uma lei é retroativa quando modifica ou restringe as consequências jurídicas de feitos realizados durante a vigência da anterior.

Reafirma seu posicionamento, concluindo que os direitos e deveres expressados pela disposição da lei nascem no momento em que surge o direito, mesmo quando sejam posteriormente exercitados e cumpridos ou não cheguem nunca a exercitar-se, nem a cumprir-se. Assim, não é necessário, para estabelecer a noção de retroatividade, recorrer ao conceito de situação jurídica. Nas suas palavras:

“Creemos que la teoría de Bonnecase acerca de la noción de retroactividad es la más aceptable, pero no estamos de acuerdo con la terminología empleada por el civilista francés. Las imprecisiones en que incurre, se deben, en nuestra opinión, a que su teoría no descansa sobre un análisis correcto de los conceptos jurídicos fundamentales y de las relaciones existentes entre las leyes y las personas a quienes se encuentran destinadas.

No hay situaciones jurídicas abstractas. Toda situación jurídica nace de la aplicación de un precepto de derecho y, en este sentido, es siempre concreta. Abstracta es la regla legal, no la situación jurídica.

Por otra parte, no es necesario introducir, para fijar el concepto de retroactividad, la distinción que hace Bonnetcase. Basta declarar que una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la anterior.

Los derechos y deberes expresados por la disposición de la ley nacen en el momento en que el supuesto se realiza, aun cuando sean posteriormente ejercitados y cumplidos o no lleguen nunca a ejercitarse ni a cumplirse. Así, no es necesario, para establecer la noción de retroactividad, recurrir al concepto de situación jurídica”.⁸³

Maynez, portanto, elucida com extrema clareza a teoria dos direitos adquiridos, pontuando, incisivamente, que os direitos não derivam de seu exercício, nem a ele estão condicionados, assim como a existência das obrigações não está condicionada ao seu cumprimento.

Para ele, as consequências (faculdades ou deveres) existem desde o momento do surgimento do direito.

Encontramos, dessa forma, em Maynez o melhor, mais sólido e contemporâneo conceito de retroatividade e irretroatividade das normas, bem como, conseqüentemente, de direito adquirido. O direito pode ser exercido ou não, por seu detentor e não havendo lei que o obrigue a exercê-lo em um

⁸³ MAYNEZ, Eduardo Garcia. Introducción al Estudio del Derecho. 7ª.ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1956. Ps. 398 e 399.

determinado lapso de tempo⁸⁴, não pode ele ser punido pelo não exercício de seu direito.

Assim, respondemos a pergunta inicialmente formulada, esclarecendo que os proprietários de terrenos não edificadas, situados em loteamentos aprovados na vigência da lei anterior, que se tornaram APP's com a alteração do Código Florestal, em 1.986, têm direito adquirido de uso, desde o momento em que se tornaram proprietários com a concretização da compra e venda, não importando o momento em que irão (ou se irão) exercer as faculdades inerentes ao seu direito de propriedade.

⁸⁴ Não tratamos aqui das figuras da decadência e da prescrição, tampouco da prescrição aquisitiva (aquisição por usucapião), uma vez que tais institutos não se aplicam à hipótese que é objeto do presente estudo.

9 – A RETROATIVIDADE DA NORMA E O DESRESPEITO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS PELO PODER PÚBLICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.

A correta compreensão do que venha a ser a retroatividade das normas e direito adquirido é essencial para que, ao adequar a lei aos casos concretos (jurisdição), tenhamos soluções nas quais o interesse público venha a ser prevalente, sem embargo do respeito ao direito e ao patrimônio daquele que não violou a lei vigente à época de seus atos.

Não raro, no afã, às vezes ideológico, às vezes dogmático, de se preservar o meio ambiente, o Poder Público – inclusive o Poder Judiciário, tem simplesmente relegado ao esquecimento os direitos fundamentais dos indivíduos, transferindo-lhes a totalidade do ônus da mudança das políticas públicas legalmente definidas, sem qualquer contrapartida do Estado.

A Quinta Câmara Cível do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, ao julgar o Recurso de Apelação inscrito sob o número 1.0702.08.493821-7/002⁸⁵, publicado em 26/01/2012, entendeu que, mesmo que não tenha cometido ato ilícito, o proprietário de lote correspondente às hipóteses deste trabalho não apenas perde, na prática, o seu direito de uso, como também não deve ser indenizado por tal perda. Transcrevemos o acórdão:

EMENTA: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DELIMITAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INOCORRÊNCIA DE AFETAÇÃO DE

⁸⁵ Íntegra do acórdão em anexo.

BENS PARTICULARES. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTENTE. I - Não comprovada a afetação de parte da propriedade pertencente aos Autores pelo Município Réu, resta afastada a configuração da alegada desapropriação indireta do bem, não havendo que se falar, conseqüentemente, em dever de indenizar por parte do Poder Público Municipal. II - A delimitação das áreas de preservação permanente nos termos definidos em lei não se equipara a instituição de limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade plena, como ocorre com o tombamento, a requisição, a ocupação, ou a desapropriação, **posto que não é o Estado, no exercício do seu poder discricionário, que infringe dano ao proprietário, mas sim a própria lei que impõe restrições ao exercício do direito de propriedade, em prol do meio ambiente e da coletividade.** III - **O respeito às áreas de preservação permanente, com o dever de se abster de efetuar qualquer tipo de construção ou intervenção, não implica em perda da propriedade imóvel, não caracterizando desapropriação indireta.** IV - **Em sendo criadas novas APPs por lei federal e não tendo se iniciado, até então, as obras de infraestrutura na parte do terreno onde a área de preservação ambiental está localizada,** age o Poder Público dentro da legalidade ao embargar o início das obras, **não havendo que se falar em dano material indenizável**". (grifamos)

A ofensa à Constituição da República e a conceitos jurídicos elementares é tamanha, no acórdão supra, que entendemos pertinente trazer à colação trechos do voto do desembargador relator, André Leite Praça:

“Ainda que se considere que o projeto do loteamento havia sido aprovado pela Municipalidade previamente à criação dessas APP’s, isso não afasta a possibilidade da Administração rever os seus atos, em observância ao princípio da legalidade.

De se ressaltar, outrossim, que a delimitação das áreas de preservação permanente nos termos definidos em lei não se equipara a instituição de limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade plena, como ocorre com o tombamento, a requisição, a ocupação, ou a desapropriação, posto que não é o Estado, no exercício do seu poder discricionário, que infringe dano ao proprietário, mas sim a própria lei que impõe restrições ao exercício do direito de propriedade, em prol do meio ambiente e da coletividade.

Com efeito, o respeito às áreas de preservação permanente, com o dever de se abster de efetuar qualquer tipo de construção ou intervenção, não implicou em perda da propriedade dos terrenos por parte dos Apelantes, sendo certo que a limitação ao exercício do direito de propriedade foi imposta por lei e não pelo Poder Público, através de ato administrativo.

Destarte, em não havendo apropriação de bens de particulares pelo Poder Público Municipal, não há que se falar em desapropriação indireta e em dever de indenizar”.

Passamos a analisar as principais justificativas da turma julgadora para indeferir o pedido de indenização do proprietário prejudicado:

a) “ainda que se considere que o projeto do loteamento havia sido aprovado pela Municipalidade previamente à criação dessas APP, a Administração poderia rever os seus atos, em observância ao princípio da legalidade”;

O acórdão, mesmo admitindo que o projeto de loteamento fora aprovado pelo município antes da criação da APP, sequer analisa os princípios do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da segurança e certeza jurídicas. Justifica que, pelo princípio da legalidade, a Administração pode rever seus atos, mas se esquece que, exatamente por este princípio, não se pode exigir do administrado o cumprimento de uma lei que nem ao menos existia quando da aprovação do loteamento. Viola assim, em nosso entender, o próprio princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, II, da Constituição da República, cujo texto é claro ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.⁸⁶

b) “a delimitação das áreas de preservação permanente nos termos definidos em lei não se equipararia à instituição de limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade plena, como ocorre com o tombamento, a requisição, a ocupação, ou a desapropriação”.

A afetação de terrenos adquiridos licitamente como áreas de preservação permanente realmente não se equipara à instituição de limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade plena, como ocorre com

⁸⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, II.

o tombamento, a requisição, a ocupação, ou a desapropriação. Não obstante, o raciocínio esposado pelo acórdão citado equivoca-se em termos conceituais e em termos de visão prática, vez que, na verdade, a limitação de ordem legal pode ser muito mais lesiva, uma vez que, nas hipóteses como a do presente estudo, inviabiliza-se integralmente o próprio exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade, que deixa de ter possibilidade de utilização e, conseqüentemente, de disposição onerosa através de uma venda, vez que, na prática, derrui-se todo o valor econômico da propriedade.

Se no tombamento, por exemplo, o proprietário do imóvel tombado pode dele usar, fruir e dispor, vendendo, alugando, na hipótese em comento, praticamente nada pode ser feito no referido terreno, o que leva ao completo esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade, o que não acontece no tombamento.

Ainda que o tombamento possa levar à frustração de outras expectativas, o fato é que o proprietário de imóvel tombado não perde as faculdades de uso, gozo, fruição e disposição, de forma que seu imóvel pode deixar de ganhar valor econômico, mas não o perde. No caso sob estudo, por sua vez, o terreno no qual não se pode mais construir perde a integralidade de seu valor econômico e, concomitantemente, a própria possibilidade prática de uso, gozo, fruição e disposição.

- c) “O respeito às áreas de preservação permanente, com o dever de abstenção de efetuar qualquer tipo de construção ou intervenção, não implicaria em perda da propriedade imóvel, posto que não teria havido apropriação de bens de particulares pelo Poder Público Municipal, não caracterizando desapropriação indireta”.**

Realmente, as áreas de preservação permanente não implicam perda da propriedade, mas implicam abstenção do próprio uso, e conseqüentemente, perda – não raro integral - do valor econômico do bem, o que caracteriza o direito constitucional de desapropriação indenizada.

Basta ressaltar que, quando se trata de demanda entre particulares, o entendimento do aludido tribunal é o oposto, como veremos no acórdão a seguir, em que o desembargador Versiani Penna, da Décima Sétima Câmara Cível do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, ao julgar, como Relator, o Recurso de Apelação inscrito sob o número 1.0471.08.101793-4/001⁸⁷, publicado em 30/08/2011, entendeu que o **vendedor deve indenizar o comprador de terreno que se tornou área de preservação permanente com a edição de lei posterior:**

“EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. LOTEAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INFORMAÇÃO NÃO CONSTA DO CONTRATO. ÁREA NÃO EDIFICÁVEL. OBJETO IMPOSSÍVEL JURIDICAMENTE. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. IMPRESCRITIBILIDADE.- Conforme preceitua o art. 169 do CC/2002, os atos nulos não se sujeitam à confirmação, sendo imprescritível o direito para ver declarada a nulidade.- Não apenas nos termos da legislação consumerista, mas de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, que sempre norteou a relação contratual, é dever do contratante prestar informação clara e precisa sobre o objeto do contrato.- Verificada a impossibilidade absoluta do cumprimento do contrato firmado, em razão da impossibilidade jurídica do objeto, deve o

⁸⁷ Íntegra do acórdão em anexo.

pacto ser declarado nulo.- **A venda de imóvel localizado em área de preservação permanente, que o torna absolutamente imprestável para o fim a que se destinava, conduz à nulidade do negócio jurídico**". (grifamos)

É interessante observar que, enquanto no primeiro acórdão, o terreno posteriormente transformado em área de preservação permanente não era passível de indenização, pelo Poder Público, por não implicar perda da propriedade imóvel, mas apenas "dever de abstenção de efetuar qualquer tipo de construção"; no segundo acórdão, o vendedor deve indenizar o comprador, pois a venda é nula, pela impossibilidade jurídica do objeto: "o imóvel localizado em área de preservação permanente é absolutamente imprestável para o fim a que se destina".

d) "o Poder Público não teria infringido dano ao proprietário; estaria apenas cumprindo a lei".

Não se pode ter como dogma que o simples fato de o Estado estar cumprindo uma lei não implicaria dano econômico ao cidadão. Se assim o fosse, a figura da indenização sequer existiria, vez que mesmo as desapropriações determinadas por decreto têm sua origem em lei *strictu sensu*. Não só é plenamente possível, como na prática, é corriqueiro, que no cumprimento da lei, o Estado afete patrimônio de cidadãos que não praticaram qualquer ilícito. O simples fato de o Estado agir segundo a lei não pode ser excludente *a priori* da existência de prejuízos causados a cidadãos.

e) “as restrições impostas pela lei se justificariam em prol do meio ambiente e da coletividade.”

A argumentação de que as restrições impostas pela lei se justificam em prol do meio ambiente não procede, pois o pleito é de indenização, e não de edificação na área atualmente considerada de preservação permanente. Ou seja: no caso em questão, o que se pleiteia do Estado não é o desrespeito ao meio ambiente, mas sim o respeito ao direito patrimonial adquirido.

Transparece, erroneamente, que o meio ambiente deveria ser preservado à custa única e exclusiva do proprietário, nunca da coletividade representada pelo Poder Público.

9.1 – A instituição, por lei nova, de áreas de preservação permanente sobre terrenos adquiridos e loteamentos já aprovados à luz da lei anterior: uma forma de desapropriação indireta.

Na prática, o que tem ocorrido com os lotes, inseridos por lei nova, em áreas de preservação permanente, é a chamada “desapropriação indireta”, em que seus proprietários ficam à mercê dos órgãos ambientais, que não lhes dão licença para supressão de vegetação, impossibilitando assim o uso, bem como não conseguem ser indenizados pelo esvaziamento do valor econômico de sua propriedade.

Para Hely Lopes Meirelles⁸⁸, a desapropriação indireta:

“Não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei. É a situação de fato que vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível...”

Também para Celso Bandeira de Mello⁸⁹, desapropriação indireta:

“É a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração ao patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório. Ocorrida esta, cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedimento regularmente”.

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 1993. P. 507-508.

⁸⁹ MELLO, Celso Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 4ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 1992. P. 385-386.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹⁰:

“Na realidade, não se trata de uma modalidade de desapropriação, mas de um ato ilícito da Administração, que se omite no cumprimento de dois requisitos constitucionais inarredáveis da desapropriação: declaração e indenização. Dá-se quando o Estado se apossa da propriedade particular e a utiliza efetivamente no interesse público. A afetação decorrente integra, irreversivelmente, o bem esbulhado, ao domínio público, cabendo, porém, ao espoliado, pleitear a indenização que, por se tratar de ato ilícito, há de ser a mais ampla possível...”

Em suma: ao impedir, em virtude de alterações legislativas posteriores, o exercício regular dos direitos atinentes à propriedade de um terreno loteado e adquirido em perfeita consonância com a legislação vigente à época dos atos jurídicos do loteamento e da aquisição, o Poder Público está, na verdade, praticando o ilícito conhecido como desapropriação indireta. Da mesma forma, ao ratificar a inviabilização da propriedade do particular e ainda negar ao mesmo a recomposição de seu patrimônio através da indenização, o Poder Judiciário, está confundindo o conceito de interesse público com o conceito de direito individual, dando guarida à nefasta desapropriação indireta e ao empobrecimento sem causa do cidadão.

⁹⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1992. P. 283.

10 – DA SOLUÇÃO SUSTENTÁVEL: DESAPROPRIAÇÃO.

10.1 – O conceito de função social da propriedade e a previsão constitucional da desapropriação, mediante indenização justa e prévia.

A Constituição da República de 1.988, seguindo os princípios e ideais da Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão⁹¹, consagra também o direito de propriedade e a sua função social como garantias fundamentais:

Constituição da República de 1.988

Art. 170 – “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

(...)”

⁹¹ **Art. 2º.** A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão. França. Declaração de direitos do Homem e do Cidadão. In USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

Mesmo que se consagre a chamada função social da propriedade – da qual falaremos adiante – é claro que a Constituição, ao tratar da ordem econômica, resguarda os valores da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada.

Também o artigo 1228⁹² do Código Civil dispõe que a propriedade, ainda que exercida em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, é um direito, o qual engloba o uso, o gozo e a disposição da coisa.

Nos termos do parágrafo 2º. do artigo 182 da Constituição da República⁹³, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor.

O dispositivo constitucional em questão, em se tratando de propriedade urbana, remete parte da definição de função social ao plano diretor dos próprios municípios.

⁹² **Art. 1.228.** O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

⁹³ **Art. 182** – “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas pelo Plano Diretor.

(...)”.

No município de Brumadinho, em Minas Gerais, de onde surgiu a inspiração para o desenvolvimento deste estudo, o plano diretor aborda de maneira vaga a questão, apenas estabelecendo que a propriedade imobiliária e, especialmente, o direito de construir, subordina-se aos interesses da coletividade⁹⁴.

Cabe indagar aqui quais seriam os interesses da coletividade, considerando a ampliação das APP's em loteamentos aprovados antes da alteração do Código Florestal.

Poderíamos dizer que os interesses da coletividade seriam preservar as florestas, sem ofender o direito de uso, gozo e fruição dos proprietários singularmente considerados, de forma a não gerar instabilidade e insegurança sociais e a respeitar o direito adquirido.

Tal solução é possível se entendemos que a função social é respeitada quando cumpridas as exigências ambientais legais previstas à época de aprovação do loteamento (a redação original do Código Florestal, publicado em 1.965, já fixava diretrizes de preservação das florestas).

Por outro lado, em algumas áreas, situadas em loteamentos regularmente aprovados na égide da lei anterior, o respeito a atual legislação pode ser de

⁹⁴ Nos termos do disposto no Plano Diretor do município de Brumadinho, MG, onde o problema ocorre com frequência:

Art. 5º. “Para o cumprimento de sua função social, a propriedade deve atender aos critérios de ordenamento territorial e às diretrizes de desenvolvimento urbano desta Lei”.

Art. 6º. “A propriedade imobiliária em particular e, especialmente o direito de construir, se subordinam aos interesses da coletividade e devem atender, no mínimo e simultaneamente, às seguintes exigências:

I. permitir seu aproveitamento e uso em intensidade compatível com a capacidade dos equipamentos e serviços públicos para atividades inerentes ao cumprimento das funções sociais da cidade;

II. permitir seu aproveitamento e uso de acordo com as estratégias e diretrizes municipais relativas à preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural;

III. permitir seu aproveitamento e uso de forma compatível com a segurança e a saúde dos usuários e vizinhos”.

suma importância para a efetiva preservação ambiental do local, seja das florestas, dos rios ou de mananciais, havendo, neste caso, a prevalência do interesse da coletividade, de preservação, sobre o interesse do indivíduo, de edificação.

Segundo Cristiana Fortini⁹⁵, interesse da coletividade ou interesse público, pode ser entendido como:

“O conjunto de anseios coletivos, compreendido como algo que ultrapassa a mera junção de interesses particulares. O interesse público é o interesse do todo, sem traduzir a soma dos interesses de cada um dos membros da sociedade. Daí ser perfeitamente admissível que o interesse público se oponha ao que deseja determinado particular.

Impõe frisar, todavia, que o interesse público não pode desprezar a dignidade da pessoa humana, arrimo da atuação estatal.

O interesse público, igualmente, não valida o aniquilamento dos interesses particulares, mas apenas sua adequação. A supremacia do interesse público sobre o particular não encontra fundamento em preceitos autoritários. Ao contrário, a garantia dos interesses de cada indivíduo condiciona-se à aceitação de que todos merecem idêntico tratamento”.

⁹⁵ FORTINI, Cristiana. Contratos Administrativos: Franquia, Concessão, Permissão e PPP. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 25.

De fato, o interesse público se sobrepõe ao interesse particular. Todavia, isto não implica dizer que a prevalência do **interesse público** se sobreponha ao **direito do indivíduo**. Há aqui que se ressaltar a distinção entre o interesse e o direito. Se o interesse do indivíduo, em algum momento, foi de trocar uma determinada quantia em dinheiro por uma determinada propriedade imobiliária, seu interesse seria, a princípio, o de uso gozo, fruição e disposição dessa propriedade. Tal interesse fica demonstrado pelos próprios fundamentos microeconômicos, vez que, ao optar pela compra da referida propriedade, o indivíduo entendeu que a mesma seria, para ele, mais interessante do que a quantidade de dinheiro que pagou em sua aquisição. No entanto, pela prevalência do interesse público sobre o interesse do particular, o indivíduo pode ser privado do uso, gozo, fruição e disposição de sua propriedade. Não obstante, como dito alhures, sua prevalência não implica atropelo ou desrespeito ao direito do indivíduo. Seu direito de propriedade, não deverá ser diminuído. Seu patrimônio permanecerá intacto, sendo que a propriedade insuscetível de uso será substituída, ainda que contra os interesses do particular, mediante a indenização, pelo correspondente valor em dinheiro.

Assim, quando o Poder Público entende ser o imóvel de interesse social, para fins de preservação ambiental, é previsto o instituto da **desapropriação indenizada**, conforme dispõem os 5º., XXIV da Constituição da República e artigos 1º., 2º., VII, e 5º. da Lei Federal n. 4.132/1962, ora transcritos:

Constituição Federal

Art. 5º “(...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para **desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante**

justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;” (grifamos)

Lei Federal n. 4.132/62

Art. 1º “A *desapropriação por interesse social* será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal.

Art. 2º *Considera-se de interesse social:*

(...)

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

(...)”

Art. 5º No que esta lei for omissa aplicam-se as normas legais que regulam a desapropriação por unidade pública, inclusive no tocante ao processo e à *justa indenização devida ao proprietário*”. (grifamos)

Nos termos do disposto no parágrafo 3º. do art. 1.228 do Código Civil, a indenização por desapropriação deve ser justa e prévia, em dinheiro ou em títulos da dívida pública agrária, pelo que não se pode pretender que sobre o particular recaia todo o ônus da preservação ambiental imposta pela coletividade, suprimindo direito fundamental do cidadão sem qualquer contrapartida.

Por analogia, em casos de desapropriação por reforma agrária, em propriedades rurais, a Lei Federal n. 8.629/93 é clara ao dispor que integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural:

Lei Federal n. 8629/93

Art. 12. “Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos:

I - localização do imóvel;

II - aptidão agrícola;

III - dimensão do imóvel;

IV - área ocupada e anciandade das posses;

V - funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.

(...)

§ 2º Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel.” (destacamos)

Se o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade sobre os imóveis tratados neste estudo está inviabilizado a fim de atender os interesses da coletividade, deverá ser esta, em última instância, a arcar com o custo do seu interesse, ressarcindo o patrimônio do indivíduo através do instituto da desapropriação.

Ao se exercer o poder-dever de desapropriar, perde o objeto a discussão sobre o interesse – uma vez que o interesse público prevalece inquestionavelmente – passando-se apenas a repor ao patrimônio do indivíduo, através da justa e prévia indenização, o correspondente ao decréscimo patrimonial do mesmo,

efetuado pela inviabilização óbvia do exercício ou da possibilidade do exercício de vários – senão de todos os direitos inerentes ao direito de propriedade.

11 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Diante do estudo realizado, algumas conclusões gerais podem ser delineadas:

1) Os proprietários de terrenos não edificadas, que se tornaram APP's com a alteração do Código Florestal, em 1.986, situados em loteamentos aprovados na vigência da lei anterior, têm direito adquirido de uso, gozo e fruição, o que significa dizer edificação, pois não há outra maneira de utilizar um terreno inserido em um loteamento fechado, senão nele construindo⁹⁶. Tal direito é gerado com a transmissão da propriedade e é decorrente do ato jurídico perfeito. O exercício ou não da construção é a extensão dos direitos de uso, gozo e fruição do imóvel, sendo, portanto, uma prerrogativa, um direito do proprietário, que pode exercê-lo ou não.

2) Desta forma, no caso em análise, se o adquirente de boa-fé comprou e pagou o preço de um terreno situado em um loteamento regularmente aprovado, faz jus aos direitos e deveres pertinentes à legislação da época de aprovação do respectivo loteamento. Assim, se na época a APP, em rios de 10 metros de largura era de 05 metros, o proprietário poderá exercer seu direito de uso, a qualquer tempo, observando a metragem prevista anteriormente.

⁹⁶ Estamos tratando do direito de construir como extensão óbvia do direito de uso, gozo e fruição do imóvel, vez que a inviabilização da construção implica na própria inviabilização do uso do terreno, que não teria outra utilidade, por situar-se em loteamento fechado. Por outro lado, não estamos abordando o direito de construir conforme especificação aprovada por um alvará ou licença específica, as quais podem ter prazos de vencimento, bem como limitações decorrentes de zoneamento e coeficiente de utilização.

4) O não exercício da faculdade de usar, edificar o imóvel, não pode, por si só, gerar prejuízo ao proprietário, vez que a hipótese em estudo não comporta decadência do direito de construir.

Quanto aos loteamentos ditos fechados, regulados e aprovados na vigência da lei anterior:

- Sua aprovação, desde que coerente com as normas vigentes à época, é ato jurídico perfeito, devendo seus efeitos, tais como abertura de vias, criação de praças, desmembramento de áreas, formação e venda de lotes, ser respeitados pela legislação posterior, sem efeito retroativo que prejudique o cidadão.
- Constituem um ato de previsão, por meio do qual os adquirentes de boa-fé conjugam seus interesses, sabendo o que podem esperar da planta global do empreendimento, anteriormente aprovada na Prefeitura. Assim, a lei nova deve incidir apenas nos novos loteamentos, pois muito mais deletério seria para a ordem jurídica que a lei nova tivesse efeito imediato sobre aqueles loteamentos regularmente aprovados no passado;
- Se inexistir lei obrigando o proprietário a construir em seu lote num determinado lapso de tempo, não pode haver discriminação jurídica entre o proprietário que efetivamente construiu e aquele, que por motivos particulares, não o tenha feito até a entrada em vigor da nova norma. Inexistindo violação à norma praticada pelo proprietário que, de boa-fé,

comprou seu lote, mas nele não construiu, não pode haver desigualdade de direitos entre este e aquele que construiu sua casa, e que é visto como detentor de direito adquirido.

Entendemos que a função social da propriedade é respeitada quando cumpridas as exigências ambientais legais previstas à época de aprovação do loteamento, pois a redação original do Código Florestal, publicado em 1.965, já fixava diretrizes de preservação das florestas.

Destarte, procuramos responder às perguntas formuladas na introdução, para, ao final, encontrar uma solução sustentável que concilia a preservação do meio-ambiente e o direito adquirido dos proprietários de boa-fé.

Ainda que prevaleça o interesse público, o direito do indivíduo não pode ser simplesmente desprezado como um bem menor e indigno de tutela jurídica.

Assim, se é reconhecido o direito sobre uma propriedade adquirida, mas, em virtude de sua inadequação ao contexto histórico-social atual, entende-se necessário cercear a integralidade deste direito em prol de um interesse público maior, deve-se, a fim de evitar deixar o cidadão num vácuo jurídico, lançar mão do instituto da desapropriação, mediante justa e prévia indenização, vez que i) a destinação do bem passa a ser de notória utilidade e interesse públicos; ii) há esvaziamento integral do valor econômico da propriedade, que, nas mãos do cidadão só passa a gerar-lhe custos.

Como a lei ambiental visa à satisfação do interesse coletivo, social, o beneficiário de seus efeitos é toda a sociedade cabendo, portanto, o dever de indenização ao Estado.

Permanecem assim contrabalançados o interesse coletivo, que prevalece, e o direito do particular, que tem, pela figura da desapropriação, mediante indenização, seu patrimônio preservado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BASTOS, Celso. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1.824.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1.891.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1.934.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1.946.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 24 de janeiro de 1.967.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 24 de outubro de 1.988.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848*, de 07 de dezembro de 1.940. Institui o Código Penal.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657*, de 04 de setembro de 1.942. Institui a Lei de Introdução ao Código Civil.

BRASIL. *Lei Federal n. 3.071*, de 1º de janeiro de 1.916. Institui o Código Civil.

BRASIL. *Lei Federal 4.132*, de 10 de setembro de 1.962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação.

BRASIL. *Lei Federal 4.771*, de 15 de setembro de 1.965. Institui o Código Florestal.

BRASIL. *Lei Federal n. 5.172*, de 25 de outubro de 1.966. Institui o Código Tributário Nacional.

BRASIL. *Lei Federal n. 6.535*, de 15 de junho de 1.978. Institui o Código Florestal. Altera a redação da Lei nº 4.771 , de 15 de setembro de 1.965.

BRASIL. *Lei Federal n. 7.511*, de 07 de julho de 1.986. Institui o Código Florestal. Altera a redação da Lei nº 4.771 , de 15 de setembro de 1.965, e revoga a Lei nº 6.535 , de 15 de junho de 1978.

BRASIL. *Lei Federal n. 7.803*, de 18 de julho de 1.989. Institui o Código Florestal. Altera a redação da Lei nº 4.771 , de 15 de setembro de 1.965, e revoga as Leis nºs 6.535 , de 15 de junho de 1978, e 7.511 , de 7 de julho de 1986.

BRASIL. *Lei Federal n. 8.629*, de 25 de fevereiro de 1.993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

BRASIL. *Lei Federal n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2.002. Institui o Novo Código Civil.

BRASIL. *Lei Federal n. 12.376*, de 30 de dezembro de 2.010. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. MINAS GERAIS. *Lei estadual n. 14.309*, de 19 de junho de 2.002. Dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE-CONAMA. *Resolução nº 302*, de 20 de março de 2.002. Dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; LEITE, Jose Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Kildare Goncalves. *Direito Constitucional Didático*. 3. ed. Belo Horizonte. Del Rey. 1994.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico*. Org. Edésio Fernandes, ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1975.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos: Franquia, Concessão, Permissão e PPP*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRANÇA. Assembléia Nacional. *Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão*. Paris, 23 de agosto de 1789. In. BRASIL. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos.

HAUGTH, James. A. *Perseguições religiosas: uma historia do fanatismo e dos crimes religiosos*. Rio de Janeiro: Ediouro. 2003.

HUNT, E.K. *Historia do Pensamento Econômico*. 17ª ed. Rio de Janeiro. Editora Campus, 2002.

LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Forense, 1955.

LIMA, João Franzen de. *Irretroatividade das Leis*. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo. Ano 30, n. 132.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31 ed. Malheiros: São Paulo. 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direitos humanos. Sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2001.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. V.1. 1954.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. 7ª.ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1956.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 18ª. Ed. 1993.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores. 1992.

MICHAELIS: *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo. Melhoramentos. 2010.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2006.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

OZ, Amos. *Conferencia do judaísmo progressista em Israel*. In Devarim. Revista da Associação Religiosa Israelita do Rio de Janeiro – ARI. Ano 2. N. 4. Julho de 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional* Del Rey. 2001.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 20, n.3.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Os direitos fundamentais e a constituinte*. In: Constituinte e Constituição. Belo Horizonte: Conselho de Extensão da FDUFG. 1986.

SILVA PACHECO, José da. *O mandado de segurança e outras ações Constitucionais típicas*. São Paulo. RT. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy. 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 71. Belo Horizonte. 1990.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado: *Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais in Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Estudos jurídicos em homenagem ao prof. Washington Peluso Albino de Souza, Porto Alegre, Fabris. 1995.

UNO – Uniter Nations Organization. *Final Act of the International Conference on Human Rights*. (Teheran: 22 april to 13 may, 1968.) United Nations. New York, 1968.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S.. *Loteamento Fechado e Loteamento Horizontal*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

WILDMANN, Igor Pantuzza. Aspectos Jurídicos da Securitização de Dívidas Rurais como Medida de Subvenção Econômica. Belo Horizonte: FDUFMG. 1997.

WILDMANN, Igor Pantuzza. *Da taxa de cambio como instrumento de política econômica. Poder de compra vs. pleno emprego: a busca da economicidade na definição da política cambial.* Tese de doutoramento. Belo Horizonte. Faculdade de Direito da UFMG. 2010.

ANEXOS

1) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS - TJMG

Número do Processo: 1.0223.03.126435-9/002

Relator do Acórdão: Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade

Data do Julgamento: 07/02/2006

Data da Publicação: 10/03/2006

Inteiro Teor:

EMENTA: APP - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - MATA CILIAR – ÁREA URBANA - PROJETO "NOVA MARGEM - VIDA NOVA AO ITAPECERICA "MUNICÍPIO DE DIVINÓPOLIS - LEGALIDADE - PLANTIO E DEMARCAÇÃO - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. - A preservação ambiental, inclusive da mata ciliar, independe de qualquer norma outra específica e de qualquer regulamentação, sendo prevista na Constituição da República e no Código Florestal. - O Ministério Público tem atuado de forma eficaz e decisiva na proteção do meio ambiente e é juridicamente possível a propositura de Ação Civil Pública para discutir a regularização de meio ambiente e a proteção necessária ao desenvolvimento urbano, pois neste caso se trata de interesses difusos e coletivos, sobre bens não disponíveis, sendo evidente o interesse público. - Não há direito adquirido absoluto decorrente da ocupação antrópica já consolidada pois as restrições legais de APP seguem o imóvel e incidem a partir da vigência da lei. Não se caracteriza a ocupação antrópica à falta de construções, acessões e benfeitorias sobre a área de preservação. - O proprietário adquire o imóvel com todos os direitos e deveres inerentes ao mesmo, submetendo-se às medidas de restrições decorrentes da necessidade de proteção à mata ciliar, mormente se ao adquirir o imóvel já estava vigente o Código Florestal com a restrição APP. - O laudo do IBAMA e o parecer municipal, embora possam demonstrar a boa-fé dos proprietários, não produzem direitos contra a lei. - As obrigações impostas na sentença, de demarcar, isolar e cercar, sem qualquer obrigação de demolir, se insere dentro do necessário à preservação da APP no caso concreto; a abstenção de intervenção e utilização não traduz qualquer afronta ao direito de propriedade e a permissão de recuperação e plantio, sem custo para os proprietários, vem propiciar a recomposição prevista em lei.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.03.126435-9/002 - COMARCA DE DIVINÓPOLIS - APELANTE(S): HILTON LUIZ ALVES E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2006.

DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Relatora

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE:

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação apresentado à fls. 423 por Hilton Luiz Alves e Andréa Faria Alves nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais visando a demarcação, isolamento e cerca da área de preservação permanente ciliar à margem do Rio Itapecirica, de 50 (cinquenta) metros de largura, a partir do leito do rio, em suas duas propriedades urbanas, com obrigação de não utilizar a área de modo a comprometê-la, permitindo a execução do projeto de recuperação sem custo aos proprietários, com pedido alternativo, tudo sob pena de multa diária.

A sentença de fls. 398/422 julgou procedentes os pedidos para condenar os apelantes a: demarcar área de preservação permanente, isolar, cercar, permitir o plantio para preservação e outras obrigações, nos termos determinados.

Recorrem os requeridos à fl. 423 argüindo preliminar de impossibilidade jurídica do pedido à falta de licença ambiental da SEMMED - Secretaria Municipal do Meio Ambiente para o projeto "Nova Margem - Vida Nova ao Itapeceirica" que deu origem à ação, conforme Resolução nº 237 de 19/12/97 que exige licenciamento para implantação de projeto de recuperação de área degradada.

No mérito, argüem o direito constitucional à propriedade sendo os imóveis registros anteriores à CR/88 e ao Código Florestal. Alegam ainda que o Município reconheceu os seus direitos de construir naquelas áreas conforme pareceres de fls. 256/264. A área de preservação antes era de 15 (quinze) metros, o que deve ser respeitado. Adquiriram os imóveis em 17/12/01, depois da vigência do Código Florestal de 1965, conforme fl. 273, não tendo eles qualquer restrição para construção, tendo adquirido os imóveis como pagamento de direitos trabalhistas. O laudo do IBAMA é nesse sentido, com base no direito adquirido e na irretroatividade da lei ambiental, que concluiu ainda que a APP é de 15 (quinze) metros conforme a Lei nº 6.766/79.

O art. 11 da Lei Estadual nº 14.309/02, que instituiu a Lei Florestal no Estado contempla a ocupação antrópica, vedada apenas à expansão da área ocupada, sendo o imóvel urbanizado nos termos do § 3º do art. 13 da Lei nº 14.309/02 e conforme parecer técnico SEMMED nº 065/04 e ainda Decreto de fl. 226 emitido pelo COPAM e declaração municipal de fl. 265. Impugnam os documentos unilaterais de fls. 178 e 198 e 179 e 199. A causa da degradação do rio são os esgotos e falta de tratamento. Não se trata, pois, de limitação administrativa, mas de desapropriação indireta, atingindo cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos imóveis (fls. 254 e 270), ficando imprestáveis (fls. 254, 255, 270, 271), fazendo jus a uma indenização, conforme art. 5º, XXIV da CR/88, fazendo citações. Pedem a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos, juntando documentos.

Contra-razões às fls. 461 pedindo a manutenção da sentença por seus próprios fundamentos. Pede a desconsideração dos documentos de fls. 445/447 juntados com o recurso e não conhecimento da preliminar porque se trata de questão de mérito e inda porque antes não argüida. Argüi a desnecessidade da licença ambiental para o programa de recuperação. Ressalta a importância do projeto para o meio ambiente, os

limites ao direito de propriedade - art. 225 da CR/88 e art. 2º do Código Florestal e Lei Estadual nº 14.309/02, que determina que o respeito à ocupação antrópica consolidada é acoimado de inconstitucional, depende de regulamentação, existe apenas para preservar a faixa de 30 (trinta) metros ao redor de lagos e lagoas (Resolução Conama nº 303/02, art. 2º, XIII), além de não existir ocupação consolidada, à falta de construção. Pedem o improvimento do recurso. Juntam documentos, para caso de conhecimento dos documentos juntados pelos recorrentes.

A douda Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se às fls. 494/ 500 pelo não conhecimento em face da intempestividade e , se conhecido, pelo desentranhamento das peças que acompanham as razões e contra-razões, não conhecendo da matéria atinente ao licenciamento do projeto e pelo desprovimento do recurso.

Conheço da apelação, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar de intempestividade.

A sentença foi publicada no dia 28/04/05, considerando-se publicada dois dias depois (Portaria TJMG), portanto no dia 02/05/05 de começando o prazo a correr no dia 03, terça-feira e terminando o prazo recursal em 18/05/2005,. e portanto a apelação protocolizada em 17/05/05 é tempestiva.

Rejeito a preliminar.

A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido por falta de licenciamento se confunde com o mérito e será com ele apreciado.

Quanto aos documentos juntados com as razões e contra-razões recursais, deles não conheço, pois a parte descumpriu a obrigação de, no momento próprio, exercer o seu legítimo direito de carrear os documentos já existentes, de sorte que a juntada em fase recursal acha-se inviabilizada pelo fenômeno processual da preclusão (art. 183, 473 do CPC).

Indo ao tema - licenciamento ambiental da SEMMED para o projeto ser implementado, que o apelante diz que a Resolução nº 237/97 da Comede exige, "data venia", não impede a presente ação visto que para a preservação do ambiente o licenciamento é dispensado.

Mérito.

A presente ação visa a proteção do Rio Itapecirica, que secciona a área urbana de Divinópolis em duas partes e funciona como escoadouro de esgoto doméstico e industrial, com áreas ribeirinhas inundáveis em períodos de chuva, exigindo um tratamento urbanístico para preservar ou melhorar a qualidade ambiental e a proteção da mata ciliar, que é constituída pela cobertura vegetal que se desenvolve ao longo de cursos de água em regiões inundáveis, com altura média entre 9 e 15m e tem merecido proteção pelos órgãos públicos, até por força de lei e da função social da propriedade prevista no sistema jurídico vigente.

A preservação ambiental, inclusive da mata ciliar, independe de qualquer norma específica e de qualquer regulamentação, como se verá. O Ministério Público, autor da ação, tem atuado de forma eficaz e decisiva na proteção do meio ambiente e é parte legítima para propor Ação Civil Pública para discutir a regularização de meio ambiente e a proteção necessária ao desenvolvimento urbano, pois neste caso se trata de interesses difusos e coletivos, sobre bens não disponíveis, sendo evidente o interesse público. Cabe-lhe, ademais, fiscalizar e propiciar a atividade do município prevista no

art. 30, VIII, CF, no sentido de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

No que diz respeito à proteção ao meio ambiente, assim, não se pode dizer que há predominância do interesse do Município, agindo este visando o interesse à proteção ao meio ambiente, que é de todos e de cada um dos habitantes do município. Não há ainda, que predominar o interesse individual, mas o coletivo.

Sabe-se que possui o CONAMA autorização legal para editar resoluções que visem à proteção das reservas ecológicas, entendidas como as áreas de preservação permanentes existentes às margens dos rios, lagos e outras assim definidas. Não é essa autorização que faz nascer os deveres em relação ao meio ambiente, pois é ela efeito e não causa. A preservação a antecede, como dever de todos e direito da nação.

Assim sendo, não adianta alegar omissão na regulamentação pois, antes mesmo do advento do Código Florestal, já existia em a mata nativa, com previsão de área de preservação permanente.

A construção pretoriana vem considerando que qualquer ato que simplesmente impeça ou dificulte a natural regeneração de vegetação nativa, nos locais de preservação permanente, já constitui, por si só, ato ilícito, assim se considerando qualquer ato de uso dessas áreas de modo a impedir a regeneração natural da mata ciliar.

Dispõe o art. 225 da CR/88:

"Art. 225. 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 Código Florestal (Lei Federal 4.771/65), por sua vez, dispõe no art. 2º, a, I: "Art. 2º: Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

- a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:
 - b) 1) de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
 - c) 2) de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
 - d) 3) de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
 - e) 4) de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
 - f) 5) de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (Redação dada à alínea pela Lei nº 7.803, de 18.07.1989)
- Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 7.803, de 18.07.1989)

A Resolução CONAMA nº 303, de 20.03.2002, que dispõe sobre parâmetros,

definições e limites de Áreas de Preservação Permanente, no uso das competências que lhe são conferidas pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentada pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, e tendo em vista o disposto nas Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e o seu Regimento Interno, dispõe, em seu art. 4º, § 3º, que o órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

Isto não quer dizer que é necessário o órgão ambiental e a regulamentação para o exercício da proteção ao meio ambiente. Apenas para as exceções à sua proteção é que se exige autorização e regulamentação. O licenciamento ambiental para implantação do projeto pode ser até necessário no que já não é regulamentado por lei, dispensando-se porém o licenciamento para o exercício da proteção já prevista de forma expressa em lei e na CR/88.

Não se pode dizer, ademais, que é o registro do imóvel anterior à lei de proteção ao meio ambiente, pois o registro do apelante é posterior à Lei nº 4.771, de 15 de Setembro de 1965, que institui o "novo" Código Florestal, bem como o registro anterior.

Aplica-se, portanto:

"Art. 22. A União, diretamente, através do órgão executivo específico, ou em convênio com os Estados e Municípios, fiscalizará a aplicação das normas deste Código, podendo, para tanto, criar os serviços indispensáveis. (Redação dada ao caput pela Lei nº 7.803, de 18.07.1989)

Parágrafo único. Nas áreas urbanas, a que se refere o parágrafo único do artigo 2º desta Lei, a fiscalização é da competência dos municípios, atuando a União supletivamente." (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 7.803, de 18.07.1989)

A Lei Estadual nº 14.309/02 dispõe:

"Art. 10 - Considera-se área de preservação permanente aquela protegida nos termos desta lei, revestida ou não com cobertura vegetal, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, de proteger o solo e de assegurar o bem-estar das populações humanas e situada:

II - ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água, a partir do leito maior sazonal, medido horizontalmente, cuja largura mínima, em cada margem, seja de:
b) 50m (cinquenta metros), para curso d'água com largura igual ou superior a 10m (dez metros) e inferior a 50m (cinquenta metros);"

É certo que o art. 11 dispõe sobre o respeito à preservação antrópica, o que porém não exclui as medidas discutidas, que não implicam em desrespeito à mesma, nos termos ali previstos:

"Nas áreas consideradas de preservação permanente, será respeitada a ocupação antrópica já consolidada, de acordo com a regulamentação específica e averiguação do órgão competente, desde que não haja alternativa locacional comprovada por laudo técnico e que sejam atendidas as recomendações técnicas do poder público para a adoção de medidas mitigadoras, sendo vedada a expansão da área ocupada."

A adoção de medidas mitigadas foi providenciada com o projeto em questão, com providências para recuperação da mata ciliar através de parcerias, em louvável iniciativa do Ministério Público, com versão final apresentada pela FUNED-EU-MG, visando a demarcação e recuperação da mata ciliar em trecho urbano com plantio e manutenção de oitenta e quatro mil mudas, além da educação ambiental, medidas que ganharam adesões com ampliação de cobertura, com despesas arcadas pelos

executores do projeto.

O documento de f. 383/384 demonstra que o Instituto Estadual de Florestas considerou o projeto de interesse social, que prescinde de autorização. Não há intervenção, mas recomposição da mata ciliar, cuja necessidade é evidenciada pelos laudos de f. 179 e 199.

O direito à propriedade hoje é jungido à sua finalidade social, que se sobrepõe aos interesses individuais e neles encontra seus limites, mormente em se tratando de meio ambiente. A política ambiental dá guarida à função social da propriedade, encontrando respaldo nos artigos 5º, XXIII, 170 e 182 da CR/88.

A mata ciliar constitui bem de interesse público e se submete às normas de preservação permanente por ter a função de preservar os recursos hídricos e a própria natureza, a estabilidade geológica e a biodiversidade.

A Lei municipal nº 3.835/97 (redação da Lei 5343/02, art. 12 e 113) assim também o considera.

O documento de f. 273 se refere à Lei 6766/79, que é anterior à leis retro-referidas, que estabelecem a APP com extensão diferente (mormente Leis 7511/86 e 7803/89).

Sobre o tema, confira-se o trato jurisprudencial, no sentido de que a obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental: "RECURSO ESPECIAL - FAIXA CILIAR - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - RESERVA LEGAL - TERRENO ADQUIRIDO PELO RECORRENTE JÁ DESMATADO - IMPOSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - OBRIGAÇÃO PROPTER REM - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA - As questões relativas à aplicação dos artigos 1º e 6º da LICC, e, bem assim, à possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva em ação civil pública, não foram enxergadas, sequer vislumbradas, pelo acórdão recorrido. Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens. Não há cogitar, pois, de ausência denexo causal, visto que aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito. A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Recurso Especial não conhecido." (STJ - RESP 343741 - PR - 2ª T. - Rel. Min. Franciulli Netto - DJU 07.10.2002)

Além disso, vê-se que as despesas serão arcadas pelos órgãos referidos na inicial, não estando sendo obrigados ao reflorestamento, mas apenas a deixar que o façam, não ocorrendo a hipótese referida no seguinte acórdão:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE - RESERVA LEGAL - DESTINAÇÃO DE 20% DO IMÓVEL, A SER ISOLADO E PRESERVADO - PRESERVAÇÃO DA MATA CILIAR - Sentença que além de determinar o isolamento de área prevista em Lei, determinou o reflorestamento, com fixação de pena pecuniária anual. Impossibilidade. Não demonstração de que o apelante deu causa ao desmatamento. Observância do nexode causalidade para ensejar a obrigação de reparar o dano. Condenação ao pagamento de honorários, nos termos do artigo 26, do CPC. Valor da condenação mantido. Recurso parcialmente provido, unânime." (TJPR - ApCiv 0108718-1 - (8434) - Nova Londrina - 6ª C.Cív. - Rel. Des. Cordeiro Cleve - DJPR 11.03.2002)JCPC.26

Não se trata, aqui, de dever de recompor a mata ciliar, o que independe de qualquer ação efetiva, bastando a omissão ilícita e inconstitucional, mas apenas do dever de demarcar e de permitir a proteção na área assim definida, sabendo-se que as faixas de preservação permanente não podem ser alvo de qualquer exploração agrícola, pecuária ou extrativista, o que constitui limite legal à propriedade.

PAULO AFFONSO LEME MACHADO alerta que "... incumbe aos proprietários das terras (mesmo públicas) plantarem as florestas ou reflorestarem as áreas de preservação permanente ..." (Direito Ambiental Brasileiro, 5ª ed., pág. 488, grifei.) e aqui sequer se trata de tal obrigação, havendo todo um projeto, de relevante interesse público, que se destina a tratar dessa preservação.

Dispõe ainda o Código Florestal que: "Constituem contravenções penais... impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação."

Veja-se o ensinamento do grande penalista PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR: "O legislador penal, uma vez mais, conduziu-se iluminado por finalidade preventiva: possibilitar a regeneração de florestas, destruídas ou dizimadas por qualquer razão. Duas as condutas previstas: impedir ou dificultar. Impedir é embaraçar, estorvar, obstar a regeneração da floresta. Dificultar, conquanto importe a criação de obstáculos, é menos grave que impedir. O dificultar cria embaraços, mas não chega a impedir ou a obstar a regeneração da floresta(Direito Penal Ecológico, Forense Universitária, 1996, pág. 125.)."

Esclarece ÁLVARO MIRRA:

"O Código Florestal (Lei Federal nº 4.771/65) estabelece que é de preservação permanente, entre outras, a vegetação situada ao longo dos rios e estabelece, conforme a largura do rio, a dimensão da faixa de vegetação que deve ser mantida intacta (art. 2º). Por exemplo: nos rios com largura inferior a 10 metros, a faixa marginal de preservação permanente é de, no mínimo, 30 metros. Todavia, no interior de São Paulo, como em outros estados, essa disposição legal é freqüentemente desrespeitada. É bastante comum os proprietários rurais avançarem as suas culturas até a beira dos rios, desconsiderando por completo a necessidade de manutenção da vegetação de preservação permanente nesses locais." (Princípios Fundamentais do Direito Ambiental, artigo in Revista de Direito Ambiental 02/50, Ed. RT,)

"Então, quando se pretende impor aos proprietários a recomposição da vegetação, eles se recusam a fazê-lo, sob a alegação, muitas vezes comprovada até, de que há anos ou décadas não existe nenhuma vegetação no local; ou mesmo de que jamais existiu vegetação na área questionada; ou ainda, de que quando eles adquiriram as terras inexistia vegetação e se algum desmatamento houve este se deu por obra dos antigos proprietários. Dessa forma, argumentam, se não forem eles os responsáveis pelo desmatamento, não podem ser obrigados a recompor a área desmatada. PAULO AFFONSO LEME MACHADO há muito tempo sustenta a possibilidade de imposição ao proprietário da recomposição da vegetação de preservação permanente, nessas situações, com fundamento no disposto no art. 18 do próprio Código Florestal. E, acreditamos, o princípio da função social e ambiental da propriedade elimina, de uma vez por todas, qualquer dúvida que poderia haver nessa matéria."

Art. 18 do Código Florestal estabelece que nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário. Se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário. Mas não é o que aqui ocorre.

E, assim, "Há uma obrigação legal de manterem-se as áreas de preservação permanente com vegetação e os proprietários devem se sujeitar a ela, em qualquer circunstância, por força do princípio da função social e ambiental da propriedade, que lhes impõe o exercício do direito de propriedade em conformidade com as diretrizes de proteção do meio ambiente vigentes." (ob. cit.). Aí se inclui por determinação a mata ciliar, existente ao longo dos cursos d'água, assim chamada porque, tal como cílios que protegem os olhos, ela resguarda as águas, localizando-se nas margens. Como observa J.L.G. SALVADOR "as matas ciliares exercem importante função enquanto protetoras de mananciais, agindo como um filtro de escoamento superficial, impedindo ou dificultando a ação de agentes poluentes, como os adubos, os defensivos agrícolas, os sedimentos e outros." (Considerações sobre as matas ciliares e a implantação de reflorestamentos mistos nas margens de rios e reservatórios. São Paulo, Publicação da CESP, 1987, p. 29.)

Hélio Garcia LEITE e Rozimar de Campos PEREIRA comentam o assunto dizendo que "é um ambiente de grande importância como habitat e fonte de alimentos para a fauna aquática e terrestre e é fundamental para o nível de qualidade da água." (Considerações sobre o manejo sustentável de matas ciliares. São Paulo, FOREST, 1996, p. 222.).

Não se pode, portanto, ignorar a importância de tal projeto, que deveria ser adotado em todas as cidades ribeirinhas e o reconhecimento de sua importância é de índole até cultural, vista como conjunto de características humanas que se criam e se preservam ou aprimoram através da comunicação e cooperação entre indivíduos em sociedade e até de índole antropológica, considerando o homem em seu desenvolvimento evolutivo.

Conclusão.

Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) Não há direito adquirido absoluto decorrente da ocupação antrópica já consolidada pois as restrições legais de APP seguem o imóvel e incidem a partir da vigência da lei.
- b) O adquirente adquire o imóvel com todos os direitos e deveres inerentes ao mesmo.
- c) Ao adquirir os imóveis já estava vigente o Código Florestal com a restrição APP relativa aos 50 (cinquenta) metros da área ciliar e portanto a restrição já existia.
- d) O laudo do IBAMA e o parecer municipal embora demonstrem a boa-fé dos proprietários, não produzem direitos contra a lei.
- e) Não se caracteriza a ocupação antrópica à falta de construções, acessões e benfeitorias sobre a área de preservação.
- f) A obrigação dos órgãos públicos de evitar a degradação ambiental através de medidas de saneamento não obsta a de preservação das APP.
- g) A indenização não é devida para o caso de limitação ou restrição legal já existente à época em que os imóveis foram adquiridos. De qualquer forma, não foi imposta obrigação de demolir e a sentença respeitou a propriedade na forma já existente, proibindo apenas intervenções futuras, na forma determinada.
- h) As obrigações impostas na sentença, de demarcar, isolar e cercar se inserem dentro do necessário à preservação da APP ; a abstenção de intervenção e utilização, na forma determinada, não traduz qualquer afronta ao direito de propriedade e a permissão de recuperação e plantio , sem custo para os apelantes, vem propiciar a recomposição prevista em lei.

Com tais considerações, nego provimento à apelação.

Custas recursais, "ex lege".

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): CORRÊA DE MARINS e EDUARDO ANDRADE.

SÚMULA : REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.03.126435-9/002"

2) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS - TJMG

Número do Processo: 1.0702.08.493821-7/002

Relator do Acórdão: Des. Leite Praça

Data do Julgamento: 01/12/2011

Data da Publicação: 26/01/2012

Inteiro Teor:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DELIMITAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INOCORRÊNCIA DE AFETAÇÃO DE BENS PARTICULARES. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTENTE. I - Não comprovada a afetação de parte da propriedade pertencente aos Autores pelo Município Réu, resta afastada a configuração da alegada desapropriação indireta do bem, não havendo que se falar, conseqüentemente, em dever de indenizar por parte do Poder Público Municipal. II - A delimitação das áreas de preservação permanente nos termos definidos em lei não se equipara a instituição de limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade plena, como ocorre com o tombamento, a requisição, a ocupação, ou a desapropriação, posto que não é o Estado, no exercício do seu poder discricionário, que infringe dano ao proprietário, mas sim a própria lei que impõe restrições ao exercício do direito de propriedade, em prol do meio ambiente e da coletividade. III - O respeito às áreas de preservação permanente, com o dever de se abster de efetuar qualquer tipo de construção ou intervenção, não implica em perda da propriedade imóvel, não caracterizando desapropriação indireta. IV - Em sendo criadas novas APPs por lei federal e não tendo se iniciado, até então, as obras de infraestrutura na parte do terreno onde a área de preservação ambiental está localizada, age o Poder Público dentro da legalidade ao embargar o início das obras, não havendo que se falar em dano material indenizável.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.08.493821-7/002 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - APELANTE(S): ANA COSTA CARVALHO E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA - RELATOR: EXMO. SR. DES. LEITE PRAÇA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador MANUEL SARAMAGO, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 01 de dezembro de 2011.

DES. LEITE PRAÇA - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. LEITE PRAÇA:

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposta por ANA COSTA CARVALHO E OUTROS, em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Uberlândia, que julgou improcedentes os pedidos formulados na presente Ação de Indenização por Desapropriação Indireta ajuizada contra o MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA.

Os Apelantes sustentam, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação.

No mérito, aduzem que com a desapropriação indireta, houve esvaziamento econômico da propriedade dos Apelantes; que o Apelado, em seu primeiro parecer técnico, reconheceu o direito indenizatório dos Apelantes; que os Apelantes ficaram "impedidos ao direito de uso, e conseqüentemente, o de construir, ou seja, continuar a implementação da infraestrutura no loteamento Nª Sª das Graças objetivando a venda dos LOTES embargados"; que o loteamento foi aprovado e reprovado pela Municipalidade e "jamais houve qualquer restrição sobre a área APP"; que a jurisprudência é firme no sentido de que os atos de desapropriação ou "de imposição de restrições ditadas pela lei ou por atos de índole administrativa obrigam o Estado a ressarcir os prejuízos que se originem da atividade pública"; que, portanto, não há que se falar, agora, de adequação de projetos via parecer 073/2006; e que, inclusive, há outras construções instalados dentro da mesma APP. Alegam, por fim, que o Apelado sequer contestou os alegados danos morais.

Requerem, portanto, seja dado provimento ao presente recurso, anulando-se a sentença ou, adentrando-se ao mérito, julgando-se procedentes os pedidos autorais.

Contrarrazões foram apresentadas às fls. 483/522.

É o relatório.

Conheço do recurso voluntário, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade.

Ab initio, cumpre afastar a preliminar de nulidade da sentença, posto que, apesar da concisa fundamentação, apreciou o magistrado o pedido que lhe foi apresentado, apresentando o seu convencimento motivado.

A propósito, cumpre ressaltar que o magistrado, ao apreciar o litígio, encontra-se obrigado a apenas motivar, de forma racional e suficiente, o entendimento proclamado, com base no ordenamento jurídico e no contexto probatório produzido nos autos, não estando sujeito a responder, um a um, todos os argumentos aduzidos pelas partes, nem a explicitar todos os dispositivos correspondentes.

Na oportunidade, vale transcrever o seguinte julgado:

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-ACIDENTE - OBSCURIDADE - INOCORRÊNCIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA JÁ ANALISADA - DESNECESSIDADE - RECURSO CONHECIDO E REJEITADO. Os embargos de declaração têm como escopo completar ou aclarar as decisões judiciais

que tenham pontos omissos, obscuros ou contraditórios, sendo a presença destes vícios o pressuposto de admissibilidade dessa espécie recursal. Não se verifica obscuridade quando o magistrado declina as razões de decidir, bem como os motivos de sua convicção na decisão, lastreados no ordenamento jurídico vigente, sendo de se lembrar que ao julgador também não se impõe a abordagem de todos os argumentos deduzidos pelas partes no curso da demanda. Tema já analisado em primeiro grau e em grau recursal não precisa ser prequestionado em sede de embargos de declaração para ser levado à instância superior. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados." (TJMG, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 1.0024.02.870021-9/002, Rel: MÁRCIA DE PAOLI BALBINO, Data da Publicação: 17/10/2007)

Rejeitada a preliminar, passo à análise do mérito.

Tratam os autos de Ação de Indenização por Desapropriação Indireta ajuizada por Ana Costa Carvalho e Outros em face do Município de Uberlândia, pretendendo serem indenizados pelos danos morais e materiais sofridos em razão da desapropriação indireta de parte de 110 lotes urbanos de sua propriedade, que fazem parte do loteamento Nossa Senhora das Graças, ante a determinação de suspensão das obras de infraestrutura que estavam sendo realizadas no local, sob o argumento de tratar-se de área de preservação permanente.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedentes os pedidos autorais por entender que, não tendo os autores perdido a posse dos lotes indicados na inicial, não há que se falar em ocorrência de desapropriação indireta.

Irresignados, apelam os Autores, requerendo a reforma da sentença.

Pois bem.

Após analisar atentamente os autos, entendo que não assiste razão aos Apelantes.

Isso porque não restou comprovado, in casu, que houve afetação de parte da propriedade pertencente aos Autores, ora Apelantes, pelo Município Réu, pelo que resta afastada a configuração da alegada desapropriação indireta do bem, não havendo falar, conseqüentemente, em dever de indenizar por parte do Poder Público Municipal.

O que se vê nos autos é que o Município, ora Apelado, se limitou a exigir dos Autores, ora Apelantes, que respeitassem a área de preservação permanente existente no loteamento, se abstendo de efetuar qualquer tipo de construção ou intervenção na área, tendo em vista o impedimento previsto no Código Florestal, Lei nº 4.771/65, e na Constituição da República, em seu art. 225, §1º, III, in verbis:

"Art. 225. 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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - omissis

II - omissis

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (...)." (grifo nosso)

Ora, o i. Perito Oficial, no laudo de fls. 196/412 afirmou que "grande parte da área objeto da presente ação é considerada hoje como Área de Preservação Permanente do Córrego Liso/Lobo" e que, considerando-se que as "leis federais e municipais que dispõe sobre as Áreas de Preservação Permanente concordam que a construção de edificações não é permitida", "o município não estaria exigindo mais do que a norma federal e municipal preconizam".

Assim, considerando-se que parte do loteamento se localiza em APP, o sobrestamento das obras nesta área era medida que se impunha, não havendo que se falar em indenização por danos morais e materiais.

Ainda que se considere que o projeto do loteamento havia sido aprovado pela Municipalidade previamente à criação dessas APP, isso não afasta a possibilidade da Administração rever os seus atos, em observância ao princípio da legalidade.

Com efeito, em sendo criadas novas APP por lei federal e não tendo se iniciado, até então, as obras de infraestrutura ora embargadas na área correlata, agiu o Poder Público dentro da legalidade, exercendo seu poder de polícia.

Ora, o laudo pericial já citado informa que o loteamento vem sendo realizado ao longo de várias décadas, sendo certo que a infra-estrutura do trecho compreendido entre a Av. Antônio Thomaz de Rezende e o Córrego do Liso não foi executada na mesma época do restante do loteamento (fls. 406).

Ocorre que os ora Apelantes não comprovaram quando começaram a realizar essas obras e o quanto já havia sido realizado quando da ordem de sobrestamento das obras, muito embora fosse seu o ônus da prova.

Com efeito, de se concluir que não há provas nos autos de que os Apelantes tiveram prejuízos efetivos com o sobrestamento das obras, haja vista que a infra estrutura desta parte do loteamento estava ainda por ser realizada.

Há nos autos apenas indicadores do custo da implementação da infra-estrutura na área que interessa caso fosse autorizada a sua continuação pela municipalidade. Ocorre que em casos como tais não há que se falar em lucros cessantes.

De se ressaltar, outrossim, que a delimitação das áreas de preservação permanente nos termos definidos em lei não se equipara a instituição de limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade plena, como ocorre com o tombamento, a requisição, a ocupação, ou a desapropriação, posto que não é o Estado, no exercício do seu poder discricionário, que infringe dano ao proprietário, mas sim a própria lei que impõe restrições ao exercício do direito de propriedade, em prol do meio ambiente e da coletividade.

Com efeito, o respeito às áreas de preservação permanente, com o dever de se abster de efetuar qualquer tipo de construção ou intervenção, não implicou em perda da

propriedade dos terrenos por parte dos Apelantes, sendo certo que a limitação ao exercício do direito de propriedade foi imposta por lei e não pelo Poder Público, através de ato administrativo.

Destarte, em não havendo apropriação de bens de particulares pelo Poder Público Municipal, não há que se falar em desapropriação indireta e em dever de indenizar.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas ex lege.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ÁUREA BRASIL e MANUEL SARAMAGO.

SÚMULA : REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

3) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS - TJMG

Número do Processo: 1.0471.08.101793-4/001

Relator do Acórdão: Des. Versiani Penna

Data do Julgamento: 21/07/2011

Data da Publicação: 30/08/2011

Inteiro Teor:

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. LOTEAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INFORMAÇÃO NÃO CONSTA DO CONTRATO. ÁREA NÃO EDIFICÁVEL. OBJETO IMPOSSÍVEL JURIDICAMENTE. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. IMPRESCRITIBILIDADE.- Conforme preceitua o art. 169 do CC/2002, os atos nulos não se sujeitam à confirmação, sendo imprescritível o direito para ver declarada a nulidade.- Não apenas nos termos da legislação consumerista, mas de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, que sempre norteou a relação contratual, é dever do contratante prestar informação clara e precisa sobre o objeto do contrato.- Verificada a impossibilidade absoluta do cumprimento do contrato firmado, em razão da impossibilidade jurídica do objeto, deve o pacto ser declarado nulo.- A venda de imóvel localizado em área de preservação permanente, que o torna absolutamente imprestável para o fim a que se destinava, conduz à nulidade do negócio jurídico.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0471.08.101793-4/001 - COMARCA DE PARÁ DE MINAS - APELANTE(S): COPEM CIA PARAENSE EMPREEND SUCESSOR(A)(ES) DE EMPREENDIMENTOS RECANTO DA LAGOA S/A - APELADO(A)(S): ADELIA CAMPOS FONSECA, MUNICÍPIO PARA MINAS - RELATOR: EXMO. SR. DES. VERSIANI PENNA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora MÁRCIA DE PAOLI BALBINO, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E A PREJUDICIAL E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de julho de 2011.

DES. VERSIANI PENNA - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. VERSIANI PENNA:

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por COPEM- CIA Paraense Empreendimentos, empresa sucessora de Empreendimentos Recanto da Lagoa S/A, contra sentença prolatada em ação de reparação de danos ajuizada por Adélia Campos Fonseca, que julgou procedente o pedido inicial para anular o contrato de compra e venda celebrado entre as partes e determinar a restituição integral do valor pago na transação (fls. 141/148).

O apelante requer seja acolhida prejudicial de prescrição do direito da autora, e, conseqüentemente, julgado extinto o processo com resolução do mérito. Pugna, alternativamente, seja reconhecida a nulidade processual por ausência de audiência de conciliação.

No mérito, afirma que à época do loteamento da área em questão, não existia restrição imposta pelo Município ou condições que a definisse como "Área de Preservação Permanente". Pede a reforma da decisão de primeiro grau, julgando improcedente o pedido inicial, invertendo-se o ônus de sucumbência.

A apelada apresentou resposta pelo improvimento do recurso (184/189), afirmando, brevemente, que o bem foi adquirido de boa-fé, e que confiou na declaração da vendedora de que o imóvel encontrava-se livre e desembaraçado.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Há preliminar e prejudicial a serem analisadas.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO.

O apelante arguiu, sem razão, preliminar de nulidade da sentença por ausência de audiência de conciliação.

Verifico, pelo termo de assentada de fl. 44, que as partes, acompanhadas de seus respectivos procuradores, compareceram à audiência preliminar, ocasião em que restou determinada, por consenso, a conversão da tramitação do feito pelo rito ordinário.

Posto isso, afasto a preliminar arguida.

DA PRESCRIÇÃO.

Analisando detidamente os autos, verifico que o objeto do litígio é o Contrato de Compra e Venda, celebrado em 20/02/1991, portanto, sob a égide do Código Civil de 1916.

O requerente suscitou prejudicial de prescrição.

Assinalo que embora o Código Civil de 1916, aplicável à espécie, dispunha como prescricional o prazo de quatro anos para a propositura da ação anulatória, em verdade, trata-se de decadência.

Acerca do tema, colaciono o seguinte julgado:

(...) Conquanto se refira, o artigo 178, parágrafo 9º, V, b, do Código Civil, à prescrição, trata-se, na verdade, de hipótese de decadência vez que fixa prazo para a propositura de ação que, uma vez decorrido, sem que esta seja proposta, faz extinguir o direito. O registro efetuado em data anterior à argüição judicial do negócio cuja fraude se discute transfere bem não litigioso. À luz do art. 178, parágrafo 9º, V, b, do Código Civil, o prazo prescricional deve efetivamente ser contado do ato cuja anulação seja pretendida. (Apelação Cível 2.0000.00.308417-3/000. Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES. TJMG, p. no DJ de 05.12.00)

Todavia, no caso em apreço, como bem apreciou a MMª. Juíza da 1ª vara Cível da Comarca de Pará de Minas, o termo inicial para contagem da prescrição somente teve início em 20/02/2007, quando a apelada completou 18 anos. A propósito:

(...) Decorrido o prazo prescricional, o titular do direito, que permaneceu inerte, perde a oportunidade de requerê-lo via processo judicial, e o processo por ele promovido deve ser extinto conforme art. 269, IV do CPC. O prazo prescricional não corre contra os absolutamente incapazes, consoante previsão do art. 169, I do CC/1916, atual art. 198, I do NCC. (...) (Número do processo: 1.0024.08.126123-2/001(1). Relatora: Des.(a) MÁRCIA DE PAOLI BALBINO . Data do Julgamento: 09/07/2009 . Data da Publicação: 28/07/2009)

Destarte, mesmo que se considerasse o prazo de prescrição contido no inciso V do §9º do art. 178 do CCB/1916, a prejudicial de prescrição não deve ser acolhida, uma vez que a presente ação foi ajuizada em 11/07/2008.

Ademais, conforme preceitua o art. 169 do CC/2002, os atos nulos não podem ser ratificados, sendo havidos por inexistentes, sendo imprescritível o direito para ver declarada a nulidade. Verbis:

Art. 166 - É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

II - foi ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

Art. 169 - O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

E, corrobora com esse entendimento, a jurisprudência do eg. TJMG:

APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - INOCORRÊNCIA - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - OBJETO IMPOSSÍVEL JURIDICAMENTE - ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL - NULIDADE DO CONTRATO - ERRO SUBSTANCIAL - DANO MORAL INEXISTENTE. A preliminar de nulidade da sentença, por ser extra petita improcede. Sentença extra petita é a que não tem correlação com o pedido do autor e eventual nulidade absoluta pode e deve ser declarada de ofício pelo juiz, dispensado o requerimento das partes. Sendo ilícito o objeto do contrato, por se encontrar o imóvel em área de preservação ambiental, tornando impossível o cumprimento do negócio jurídico, deve ser declarado nulo, nos termos do art. 166, II, do Código Civil. De acordo com o artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República, é vedada a vinculação ao salário mínimo para quaisquer

fins, o que torna nula cláusula contratual nesse sentido. Caso o contratante seja levado a incorrer em erro substancial, pelo fato de o objeto do contrato não servir para o destino que lhe seria dado, o contrato se torna anulável. O princípio da boa-fé objetiva deve nortear os contratos, sendo dever dos contratantes prestar informação clara e precisa. O dano moral é caracterizado por sofrimento íntimo, profundo, que fere a dignidade e os mais caros sentimentos do indivíduo, sendo suscetível, por isso, de reparação mediante compensação financeira. A declaração de nulidade do contrato foi insuficiente para caracterizar o dano moral, mas, apenas, meros aborrecimentos, insuscetíveis de reparação financeira. Preliminar rejeitada, primeiro apelo parcialmente provido e segundo apelo não provido. (Número do processo: 1.0701.08.219567-1/001(1) / Relator: Des.(a) GUTEMBERG DA MOTA E SILVA / Data do Julgamento: 02/02/2010 / Data da Publicação: 12/03/2010)

Por sinal, esta Câmara, em caso análogo, já decidiu no mesmo sentido:

CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - OBJETO IMPOSSÍVEL JURIDICAMENTE - NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO - IMPRESCRITIBILIDADE - DANOS MORAIS - NÃO OCORRÊNCIA - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - ART. 21, CAPUT, CPC. Não há se falar em prescrição da pretensão ao reconhecimento de nulidade de contrato de promessa de compra e venda de lotes localizados em área de preservação ambiental, posto que, nos termos do art. 169, do Código Civil de 2002, ""o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo"". (...) Para que se condene alguém ao pagamento de indenização por dano moral, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. Para a caracterização do dano moral é indispensável a ocorrência de ofensa a algum dos direitos da personalidade do indivíduo. Esses direitos são aqueles inerentes à pessoa humana e caracterizam-se por serem intransmissíveis, irrenunciáveis e não sofrerem limitação voluntária, salvo restritas exceções legais (art. 11, CC/2002). A título de exemplificação, são direitos da personalidade aqueles referentes à imagem, ao nome, à honra, à integridade física e psicológica. É indispensável que o ato apontado como ofensivo seja suficiente para, hipoteticamente, adentrar na esfera jurídica do homem médio e causar-lhe prejuízo extrapatrimonial. De modo algum pode o julgador ter como referência para averiguação da ocorrência de dano moral a pessoa extremamente melindrosa ou aquela de constituição psíquica extremamente tolerante ou insensível. A nulidade do contrato cujo objeto é impossível, ou mesmo o inadimplemento das obrigações assumidas por um dos contratantes, embora sejam causa de aborrecimentos para aquele que não recebe a prestação pretendida, por si sós, não são suficientes para afetar a dignidade do credor, não ensejando, pois, danos morais. Caracterizada a sucumbência recíproca devem as partes ser condenadas, em igual proporção, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, ficando autorizada a compensação destes (art. 21, caput, CPC e Súmula 306, STJ). (Número do processo: 1.0471.04.027387-5/001(1) / Relator: Des.(a) EDUARDO MARINÉ DA CUNHA / Data do Julgamento: 06/12/2006 / Data da Publicação: 11/01/2007)

Logo, rejeito a prejudicial invocada.

MÉRITO.

A controvérsia cinge-se à verificação da responsabilidade do apelante em reparar materialmente a apelada, em virtude da proibição de edificação no imóvel objeto do Contrato de Promessa de Compra e Venda à fl. 15, posto que localizado em área de

preservação permanente.

O apelante defende que, quando o loteamento "Recanto da Lagoa" foi aprovado pela Prefeitura de Pará de Minas, bem como registrado no Cartório de Registro de Imóveis, não havia nenhuma restrição quanto ao uso do solo.

A apelada, por sua vez, aduziu que o imóvel adquirido está integralmente localizado em área considerada de Preservação Permanente (APP), sendo imprestável para o que se destina, já que não poderá ser nele realizada qualquer edificação.

E, em análise minuciosa dos autos e documentos que o compõem, verifiquei que o lote adquirido pela apelada, foi enquadrado como Área de Preservação Permanente (APP), quando da alteração do Código Florestal, pelo advento da Lei nº. 7.803, de 18/07/1989. Vejamos:

Art. 1º-As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta lei estabelecem.

(...)

Art. 2º- Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

(...)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

(...)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

Destarte, como se vê pelo desenho de fl. 12, o lote em questão está situado em área verde e brejeira (lugar baixo onde há nascentes), e, portanto, nos termos do Código Florestal, com a redação dada pela lei nº. 7.803/89, sujeito às limitações legais quanto ao exercício do direito de propriedade.

No entanto, o contrato de compra e venda de fls. 15/17, celebrado após a imposição das limitações acima referidas, nada dispõe sobre a existência de Área de Preservação Permanente no lote adquirido pela apelada, nem sobre a restrição de construção no mesmo.

Lembre-se que, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, e, a teor do princípio da boa-fé objetiva que deve nortear os contratos, era dever do apelante

prestar informação clara e precisa sobre o bem objeto do contrato.

Assim, conforme escritura pública de fl.11, outorgada em 11/06/1991, e exatamente como entendeu a ilustre julgadora a quo, quando o imóvel foi alienado à autora

"já existia a proibição de edificação, instituída pela superveniente lei 7803/89. Então, cumpria a ré averbar no registro imobiliário, sem delongas, a restrição em tela (...), e essa omissão (...) sinaliza a existência de má-fé de Empreendimentos Recanto da Lagoa S/A (...)."

Aliás, a meu sentir, estamos diante da impossibilidade jurídica absoluta de cumprimento do contrato firmado, uma vez que o imóvel adquirido está integralmente em área ambiental, sendo imprestável para o que se destina, já que, repita-se, não poderá ser realizada nele qualquer edificação ou benfeitoria.

Ora, embora a doutrina não seja pacífica quanto ao exame da estrutura do negócio jurídico, tem-se que "ao lado da capacidade, legitimidade, forma e naturalmente da vontade, constitui também elemento integrante do negócio jurídico o objeto".

E, é certo que para a validade do negócio jurídico, dentre outros requisitos, deve o objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável (inciso II art. 104 do Código Civil/2002).

Sobre a possibilidade jurídica do objeto, a doutrina esclarece:

Deve-se ter em mira que todo ato jurídico é praticado com vista a uma utilidade. Sob esse aspecto, o negócio deve gozar de proteção.

(...)

O objeto deve ser possível. (...) A impossibilidade pode emanar de leis físicas ou naturais, bem como de leis jurídicas, tendo-se aí a impossibilidade física e a impossibilidade jurídica. (in Venosa, Sílvio de Salvo Direito civil: parte geral. 9ª Ed. São Paulo: Atal, 2009. Coleção direito civil; v.1. pg. 364).

O objeto e as prestações de um contrato devem ser possíveis. Essa possibilidade tanto deve ser física como jurídica. A impossibilidade jurídica encontra obstáculo no ordenamento. A impossibilidade é física quando o contratante não tem condições de realizá-la. (in Venosa, Sílvio de Salvo, Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. Coleção direito civil; v.2. pg. 438)

In casu, em virtude de o imóvel encontrar-se integralmente em Área de Preservação Permanente, torna-se impossível o cumprimento do negócio jurídico, sendo, este, portanto, nulo nos termos do inciso II do art. 166 do Código Civil vigente.

Destarte, configurada a nulidade do ajuste, correta a decisão que impôs a devolução do valor pago pela parte apelada, acrescido dos consectários legais.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo e mantenho incólume a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau.

Custas pelo apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): MÁRCIA DE PAOLI BALBINO e LUCIANO PINTO.

SÚMULA : REJEITARAM A PRELIMINAR E A PREJUDICIAL E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

i Venosa, Sílvio de Salvo in Direito civil: parte geral. 9ª Ed. São Paulo: Atal, 2009. Coleção direito civil; v.1