

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL NACIONAL E INTERNACIONAL**

Carolina Donay Scherer

Direito Intertemporal e o Novo Código Florestal

Porto Alegre

2013

CAROLINA DONAY SCHERER

Direito Intertemporal e o Novo Código Florestal

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito à obtenção de grau de
especialista em Direito Ambiental Nacional
e Internacional**

Orientador: Professor Gustavo Trindade

Porto Alegre

2013

RESUMO

A Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, foi o primeiro Código Florestal promulgado sob a égide da Constituição Federal de 1988 e trouxe significativas mudanças ao regime de proteção das áreas de preservação permanente e reserva legal. Algumas destas alterações ocasionaram uma sensível diminuição da proteção ambiental conferida anteriormente pela Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (antigo Código Florestal), suscitando dúvidas acerca da aplicabilidade da nova lei no tempo. No ordenamento jurídico brasileiro a lei nova tem efeito imediato e pode retroagir se assim dispuser o legislador, desde que não o faça prejudicando direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, garantias fundamentais individuais, expressas no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, cujo fundamento filosófico está diretamente ligado à ideia de segurança jurídica. O presente trabalho analisa, a partir das regras de Direito Intertemporal, os institutos do Direito Adquirido, do Ato Jurídico Perfeito e da Coisa Julgada e, com isso, apresenta as soluções propostas pelo sistema para a aplicação do novo Código Florestal no tempo, bem como, o tratamento jurídico a ser conferido aos Termos de Ajustamento de Conduta e as sentenças proferidas sob a égide da legislação anterior, levando em consideração a natureza permanente e atemporal da relação jurídica ambiental.

Palavras Chaves: Código Florestal. Direito Intertemporal. Direito Adquirido. Coisa Julgada. Relação Jurídica Ambiental.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 O NOVO CÓDIGO FLORESTAL	9
2.1 AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL	9
2.1.1 Áreas de Preservação Permanente	13
2.1.2 Reserva Legal	16
2.1.3 O Programa de Regularização Ambiental das Áreas de Preservação Permanente e das Reservas Legais Consolidadas	19
2.1.4 Florestas e demais formas de vegetação em terra indígena	22
3 DIREITO INTERTEMPORAL	23
3.1 NOÇÕES GERAIS	23
3.2 AS TEORIAS DE GABBA E ROUBIER	26
3.3 RETROATIVIDADE, IMEDIATIDADE, ULTRATIVIDADE E PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI.....	32
3.4 DIREITO ADQUIRIDO	36
3.5 ATO JURÍDICO PERFEITO	43
3.6 COISA JULGADA	45
3.6.1 Conceito.....	45
3.6.2 Limites Objetivos	49
3.6.3 Limites Temporais:.....	51
4 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	56
4.1 NOÇÕES GERAIS	56
4.2 NATUREZA JURÍDICA	58
5 A RELAÇÃO JURÍDICA AMBIENTAL.....	64
6 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

O marco regulatório mais relevante, sob uma perspectiva histórica, do direito ambiental, foi a Lei nº 6.938/1981, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente – LPNMA.

De lá para cá foram muitos os avanços, seja com o reconhecimento do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado pelo artigo 225 da Constituição Federal, seja pela edição de inúmeros diplomas legais em matéria ambiental, tais como a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), Lei de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997), a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº 9.985/2000), Lei da Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), Lei da Mata Atlântica (Lei nº 11.428/2006), Lei Complementar nº 140/2011 e, mais recentemente, o novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012).

Dentre tais diplomas legais, sem dúvida, o que mais suscitou discussões foi o novo Código Florestal, o qual, na contramão da legislação ambiental que vinha sendo editada no país até então, ocasionou uma sensível diminuição na proteção ambiental oferecida pelo Código Florestal anterior (Lei nº 4.771/1965) às Florestas e outros elementos que compõe a cobertura vegetal do Brasil, mormente, em síntese, por admitir a consolidação de áreas irregularmente desmatadas antes de 28/07/2008, extinguir algumas áreas de preservação permanente e flexibilizar o cumprimento da reserva legal.

Em razão disso, a Lei nº 12.651/2012 nasceu sob a égide do dissenso, travado, principalmente, entre ruralistas e ambientalistas, mas que vai além desta simples dicotomia, e tem, na verdade, origem direta na ideia de desenvolvimento sustentável e política ambiental, com seus reflexos econômicos, sociais e ecológicos.

Além dos prejuízos ambientais evidentes, a diminuição da proteção ambiental advinda do novo Código suscitou, ainda, sobretudo por parte da comunidade jurídica, a alegação de inconstitucionalidade da nova lei em virtude do princípio constitucional

implícito de proibição de retrocesso socioambiental, culminando com a interposição, pelo Ministério Público Federal, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.901/DF e nº 4.902/DF.

Por outro lado, já pululam no Poder Judiciário inúmeras ações no bojo das quais é questionada, além da inconstitucionalidade da nova lei com base na aludida proibição de retrocesso, também a forma de sua aplicação no tempo, haja vista os processos judiciais em curso, as sentenças proferidas e os termos de ajustamento de conduta celebrados sobre a égide do Código anterior, sobretudo no concernente aos pontos em que há regulação divergente entre uma lei e outra.

Neste contexto e na falta de um direito ideal com o qual se pudesse trabalhar; na busca de como concretizar o direito vigente dentro dos instrumentos/limites impostos pelo sistema jurídico, surgiu a preocupação de estudar a aplicação do novo Código Florestal no tempo.

O Direito Intertemporal preocupa-se em traçar preceitos bem orientados no escopo de resolver as questões advindas da aplicação da lei no tempo, determinando limites do domínio de cada uma das leis dentro do espaço temporal.

Os limites de domínio de uma lei nova não estão restritos somente pelo princípio geral de direito da irretroatividade da lei, mas, da mesma forma e em maior grau, pela proteção constitucional guardada ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Muito embora sejam garantias fundamentais diretamente ligadas à realização do princípio também constitucional da segurança jurídica, assim como o é o princípio da proibição de retrocesso socioambiental, este último não faz parte do escopo deste trabalho porque não é critério de Direito Intertemporal para a solução dos problemas advindos da aplicação da lei no tempo.

Inicia-se o trabalho, então, com uma abordagem das principais modificações que levaram a diminuição da proteção ambiental conformada no novo Código Florestal em relação à proteção oferecida pelo Código antigo, principalmente, no que concerne

às áreas de preservação permanente e reserva legal, as quais ensejarão as maiores controvérsias acerca da aplicação da lei no tempo.

Após, passe-se ao estudo do Direito Intertemporal em si, a identificação das teorias Subjetiva e Objetiva e a medida em que adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e a análise da retroatividade, imediatidade e ultratividade dos efeitos da lei, bem como do real conteúdo do princípio da irretroatividade, cuja excepcionalidade está diretamente ligada à expressa manifestação do legislador, desde que limitada à integridade do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Feito isso, cada um dos limites dado pela Constituição Federal de 1988 à incidência imediata da lei nova é investigado dentro do contexto que interessa ao estudo, razão pela qual, por exemplo, a coisa julgada não vai analisada no seu limite subjetivo e, tampouco, nos contornos que seus limites objetivos encerram no caso de sentenças proferidas no bojo de ações em que estão em discussão direitos difusos, como é o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição Federal, que tem [ou deveria ter] no Código Florestal uma das suas expressões concretas. Resigna-se o estudo às noções suficientes dos limites objetivos da coisa julgada para uma melhor compreensão do seu limite temporal, que tem nas razões jurídicas permanentes a razão da sua existência.

Após descortinar as soluções, nada simplistas, oferecidas pelo Direito Intertemporal para solucionar os conflitos advindos da aplicação de leis sucessivas no tempo, bem como estudar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, passe-se à análise do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC e da sua natureza jurídica, de sorte a obter uma melhor compreensão de sua finalidade, assim como dos seus efeitos e eficácia.

Finalmente, uma breve análise da relação jurídica ambiental é traçada na medida exata para caracterizá-la como uma relação jurídica atemporal e permanente, característica que vai atrair as soluções de Direito Intertemporal analisadas até então, concluindo pela aplicação imediata do novo Código Florestal, até mesmo para as situações jurídicas reguladas por termo de ajustamento de conduta ou por sentença

proferida sob a égide do Código anterior, sem descuidar do fato de que a melhor solução em termos de Direito Temporal é dada sempre a partir do caso concreto.

2 O NOVO CÓDIGO FLORESTAL

2.1 AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Para assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e conferir concretude ao sistema, a Constituição Federal de 1988, no inciso III do seu §1º, afirma que incumbe ao Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos.

Muito antes disso, entretanto, o Decreto nº 4.421, de 28/12/1921, que criou o Serviço Florestal do Brasil, no âmbito do Ministério da Agricultura e que tinha por escopo a conservação, beneficiamento, reconstituição, formação e aproveitamento das florestas, já fazia referência à categoria de “florestas protetoras” e a outras categorias que, atualmente, receberiam a classificação de unidades de conservação, tais como hortos florestais, florestas modelo, reservas florestais e parques nacionais.¹ Segundo Milaré, é indiscutível que “à base da criação do Serviço Florestal estava o que atualmente chamamos de manejo para o desenvolvimento sustentável.”²

O Código Florestal de 1934, editado pelo Decreto nº 23.793, de 23/01/1934, revogou o Decreto nº 4.421/1921, porém, manteve a antiga categoria de florestas protetoras, acrescentando as categorias de florestas remanescentes, modelo e de rendimentos, cada qual com um regime de permissão específico de exploração. Ele reconhecia, também, a existência dos parques nacionais, estaduais e municipais, os quais eram considerados monumentos públicos naturais, sendo vedada qualquer atividade que neles pudessem causar danos à flora e à fauna.³

¹ BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito Ambiental*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 687.

² *Ibidem*, p. 686.

³ *Ibidem*, p. 687.

Além disso, foi o Código de 1934 que introduziu no ordenamento a ideia de Reserva Legal, ao proibir, com algumas exceções, aos proprietários de terras cobertas com matas, o corte de três quartos da vegetação nelas existente.⁴

O Código de 1965 (Lei nº 4.771, de 15/09/1965) extinguiu as diferentes categorias florestais existentes até então e instituiu limitações ou restrições ao exercício do direito de propriedade, para estabelecer, pelo efeito da lei, a proteção às florestas e demais formas de vegetação consideradas de preservação permanente e determinar a instituição de uma “reserva em parte do solo de imóvel rural para fins de conservação de cobertura florestal.”⁵

Reconheceu, também, a existência de áreas destinadas à proteção e conservação dos valores ambientais, determinando que, para tanto, o Poder Público criasse Parques nacionais, estaduais e municipais, assim como reservas biológicas. As áreas florestais poderiam, também, ser criadas para aproveitamento econômico, na linha das florestas de rendimento da legislação anterior.⁶

Ainda antes do advento da Constituição de 1988, o inciso IV do artigo 1º da Lei nº 6.938/81 já dispunha que a Política Nacional do Meio Ambiente rege-se por princípios, dentre os quais está a proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas. Com a alteração dada pela Lei nº 7.804, de 18/07/1989, ao citado dispositivo, seguindo, desta feita, os preceitos constitucionais, introduziu-se, ainda, entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal.⁷

⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 963.

⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 963.

⁶ BESSA ANTUNES, *op. cit.*, p. 687.

⁷ COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Proteção Jurídica do Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Alguns anos depois, a Lei nº 9.985, de 18/07/2000, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza [SNUC] para, expressamente, regulamentar, entre outros, o inciso III do §1º do artigo 225 da Constituição Federal.

A regulamentação do inciso III do §1º do artigo 225 da Constituição pela Lei nº 9.985/2000 fez com que parte da doutrina entendesse que espaços territoriais especialmente protegidos fossem formados somente pelas unidades de conservação, não alcançando as áreas de preservação permanente, a reserva legal ou mesmo de Mata Atlântica, dentre outras áreas de relevância ecológica.

Tal posição, todavia, não foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADI 3.450-MC/DF proposta em virtude da alegada inconstitucionalidade do artigo 4º do Código Florestal de 1965, alterado pela MP 2.166-67/2001, que dispunha sobre a supressão de vegetação em área de preservação permanente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a supressão de vegetação em área especialmente protegida - como as áreas de preservação permanente - não se confunde com a alteração e supressão do regime jurídico pertinente a tais espaços, matéria sujeita ao princípio da reserva legal por efeito do §1º, inciso III artigo 225 da Constituição Federal.

Essa proteção especial dada pela Constituição Federal está intimamente ligada à conservação dos processos ecológicos e ao manejo da diversidade biológica destes espaços. Assim, sendo áreas portadoras de atributos ambientais relevantes, independente de serem públicas ou privadas, sujeitam-se a desapropriação ou limitação administrativa, de modo a assegurar sua relativa permanência e sua utilização sustentada.⁸

Por outro lado, mas na mesma linha de conferir proteção especial às áreas com atributos ecológicos sensíveis, o princípio do desenvolvimento sustentável consolidou a ideia de um aproveitamento racional dos recursos naturais, na medida em que sua

⁸ FERREIRA, Heline Sivini. In *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Org. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 243.

concretização advém da adequada equação entre o disposto nos artigos 170 e 225 da Constituição Federal.⁹

E este aproveitamento racional também justifica e legitima a adoção de instrumentos de conservação e de preservação das florestas públicas ou privadas, de sorte a restringir o uso da propriedade, com vistas a assegurar a realização de sua intrínseca função sócio ambiental, nos termos do artigo 186 da Constituição Federal.¹⁰

Muito embora o tema já venha recebendo tratamento pelo legislador ordinário antes mesmo da Constituição de 1988, a Lei Federal nº 12.651, de 25/05/2012, foi o primeiro Código Florestal promulgado inteiramente sob a atual égide constitucional, e nem por isso deixou de ser objeto de profundas discussões e divisão no Congresso Nacional e na sociedade civil.¹¹

A Lei Federal nº 12.651/2012 entrou em vigor na data da sua publicação e trouxe significativas mudanças, dentre outras, ao regime de proteção das áreas de preservação permanente e da reserva legal florestal, traçando limitações de cunho ambiental ao direito de propriedade das florestas públicas ou privadas e outras formas de vegetação nativa existentes no país¹², na linha do Código anterior.

Dentre as mudanças operadas pelo novo Código Florestal, todavia, as que causarão as maiores controvérsias na sua aplicação em matéria de direito intertemporal são as que trouxeram diminuição à proteção ambiental havida anteriormente, em virtude da flexibilização do regime jurídico pertinente as área de

⁹ “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: III – função social da propriedade, VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

¹⁰ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

¹¹ Ver a propósito dos debates suscitados em torno do novo Código Florestal: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim de. *Novo Código Florestal*. Org. MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 29/32.

¹² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim de. *Novo Código Florestal*. Org. MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 34.

proteção permanente e reserva legal, ocasionando, por conseguinte, a alteração ou mesmo a supressão de alguns destes espaços especialmente protegidos.

É destas mudanças que se ocupará a síntese que segue¹³, pois é a diferença entre as disposições do Código revogado e as novas disposições do Código Florestal revogador sobre áreas de preservação permanente e reserva legal, que acarretarão as maiores dificuldades para a identificação dos limites de aplicação destas duas leis, a velha e a nova, no tempo.

2.1.1 Áreas de Preservação Permanente

Não houve qualquer modificação no conceito legal de área de preservação permanente pelo novo Código Florestal, que a define como “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.”¹⁴

Tampouco, modificou-se o âmbito de sua aplicação tanto nas zonas urbanas quanto nas zonas rurais, mantendo-se, também, as mesmas dimensões que eram estipuladas pelo antigo Código Florestal.

Entretanto, houve mudança no parâmetro de medição das áreas de preservação permanente de curso d’água, uma vez que, enquanto o estatuto anterior estipulava sua distância a partir do “nível mais alto”¹⁵ dos rios ou cursos d’águas, o novo Código Florestal, por sua vez, determina-a a partir da “borda da calha do leito regular”, esta entendida como “a calha por onde correm regularmente as águas do curso d’água durante o ano”¹⁶, ou seja, o nível médio dos rios.

¹³ A síntese está integralmente baseada no *Estudo Comparativo sobre o Código Florestal Brasileiro. Lei nº 4.771/1965 e Lei nº 12.651/2012*, elaborado pelos advogados Gustavo Trindade e Paula Lavratti para a Aliança pelo Clima e Uso da Terra – CLUA (<http://www.climateandlandusealliance.org>), em novembro de 2012.

¹⁴ Artigo 3º, II da Lei nº 12.651/2012.

¹⁵ Artigo 2º da Lei nº 4.771/1965.

¹⁶ Artigo 3º, XIX da Lei nº 12.651/2012.

Em vista disso, fica claro que a mudança do parâmetro de mensuração das faixas marginais de cursos d'água, pelo novo Código, acarretou a redução nos seus limites em relação aos limites protegidos pelo Código revogado.

Outra alteração relevante é a falta de proteção às margens dos rios efêmeros e dos olhos d'água de natureza intermitente. A proteção existe somente para a faixa marginal de cursos e olhos d'água naturais ou perenes.

Também não recebem proteção as faixas marginais de acumulações de água naturais ou artificiais com superfície inferior a 1 hectare, bem como as relativas à reservatórios artificiais, porquanto somente há exigência de área de preservação permanente àqueles reservatórios decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água.¹⁷

Ficaram sem proteção, igualmente, muitos locais considerados pelo Código anterior como áreas de preservação permanente de topo de morro, tendo em vista que o novo Código alterou os critérios para a configuração de morro. Anteriormente havia área de preservação permanente nas elevações acima de 50 metros; agora, para que haja a proteção, o novo Código exige que a elevação tenha altura mínima de 100 metros e inclinação média maior que 25°, fazendo com que muitas áreas que eram consideradas morros, deixem de sê-lo e, por conseguinte, deixem de ter área de preservação permanente.

As veredas, da mesma forma, deixaram de receber proteção, visto que o novo Código protege, tão somente, como área de preservação permanente, a vegetação que as circunda.

Com o novo Código, a criação de novas áreas de preservação permanente está restrita ao Chefe do Poder Executivo, pelo que o CONAMA perde a competência que tinha para criá-las. Soma-se a isso, o fato de ele revogar expressamente o Código anterior, razão pela qual também fica revogada a Resolução CONAMA nº 303/2002 e todas as áreas de preservação permanente criadas por esta Resolução, quais sejam:

¹⁷ Artigo 4º, §1º da Lei nº 12.651/2012.

linhas de cumeada, veredas (em si consideradas), escarpas, restingas localizadas em faixa mínima de 300 metros, medidos a partir da linha de preamar máxima, dunas, locais de refúgio ou reprodução de aves migratórias, locais de refúgio ou reprodução de exemplares da fauna ameaçados de extinção que constem de lista elaborada pelo Poder Público Federal, Estadual ou Municipal, e, nas praias, os locais de nidificação e reprodução da fauna silvestre.

A ocupação das áreas de preservação permanente também foi facilitada pelo novo Código Florestal.

Nos imóveis rurais de até 15 módulos fiscais é permitido pelo novo Código a prática de aquicultura e a instalação da estrutura física a ela associada.

Se pelo Código anterior o uso das áreas de preservação permanente só era permitido quando comprovada a inexistência de alternativa técnica locacional para atividade de utilidade pública, interesse social ou de baixo impacto, pela nova Lei - além de ter sido dispensada esta exigência - foram ampliados os casos de utilidade pública e interesse social que permitem a intervenção em área de preservação permanente.

As novas atividades de utilidade pública trazidas pelo Código atual são: a) sistema viário necessário ao parcelamento de solo urbano aprovado pelos Municípios; b) gestão de resíduos; c) instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais; e, d) mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho; e) atividades e obras de defesa civil, bem como as atividades que comprovadamente proporcionem melhorias na proteção das funções ambientais protegidas pelas áreas de preservação permanente.

Para as atividades de interesse social, a exploração agroflorestal sustentável foi concedida também aos povos e comunidades tradicionais.

2.1.2 Reserva Legal

O conceito de reserva legal não recebeu alteração relevante pelo novo Código Florestal, a qual é definida como “uma área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.”¹⁸

Da mesma forma, foram mantidas a quase totalidade dos percentuais de dimensionamento da reserva legal de acordo com a região do país [80% no imóvel situado em área de florestas da Amazônia Legal; 35% no imóvel situado em área de cerrado da Amazônia Legal; 20% no imóvel situado em área de campos gerais da Amazônia Legal; e 20 % nos imóveis localizados nas demais regiões].

O regime de proteção também não sofreu significativas alterações, tendo o novo Código adotado, expressamente, entendimento consolidado nos órgãos ambientais e no Poder Judiciário, acerca da necessidade de conservação da área de reserva legal com cobertura vegetação nativa, bem como, da natureza real da obrigação de recomposição, regeneração ou compensação da reserva legal, no caso de corte irregular de vegetação.¹⁹

O uso econômico da reserva legal, sob o regime de manejo florestal sustentável, previamente aprovada pelo órgão ambiental, sofreu sensível flexibilização, entretanto.

Enquanto o Código revogado exigia autorização do órgão ambiental para o manejo sustentável da vegetação independente se com ou sem propósito comercial, o novo Código dispensa tal autorização para o manejo sustentável para consumo próprio do imóvel [sem propósito comercial], devendo apenas ser declarado previamente a

¹⁸ Artigo 3º, III da Lei nº 12.651/2012.

¹⁹ Artigo 66, §1º, da Lei nº 12.651/2012.

motivação da exploração e o volume a ser explorado, o qual está limitado em 20 metros cúbicos anuais.²⁰

Também houve diminuição da proteção da reserva legal com a dispensa de sua constituição para empreendimentos de abastecimento público de água, tratamento de esgoto²¹ e as áreas adquiridas ou desapropriadas com o objetivo de implantação e ampliação de capacidade de rodovias e ferrovias.²²

Da mesma forma, estão isentas as áreas adquiridas ou desapropriadas para exploração de potencial de energia hidráulica, nas quais funcionem empreendimentos de geração de energia elétrica, subestações ou sejam instaladas linha de transmissão e de distribuição de energia elétrica.²³

O registro da reserva legal, pelo novo Código, não mais se dá, obrigatoriamente, à margem da inscrição da matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis. Determina a lei revogadora que o registro se dê no órgão ambiental competente, por meio da inscrição no Cadastro Ambiental Rural – CAR²⁴, desobrigando a averbação no Cartório de Registro de Imóveis. No período entre a data da publicação do novo Código Florestal e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que deseje fazer a averbação terá direito à gratuidade do ato.

Outra relevante diminuição na proteção da reserva legal é a permissão, pelo novo Código, da soma das áreas de preservação permanente no cálculo do montante da área de reserva legal, desde que isso (i) não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo; (ii) a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação; e, (iii) o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no CAR.

²⁰ Artigo 23, da Lei nº 12.651/2012.

²¹ Artigo 12, §6º, da Lei nº 12.651/2012.

²² Artigo 12, §8º, da Lei nº 12.651/2012.

²³ Artigo 12, §7º, da Lei nº 12.651/2012.

²⁴ Artigo 18, da Lei nº 12.651/2012.

Esta possibilidade reduz o tamanho das áreas a serem registradas como reserva legal e, por conseguinte, aumenta a incidência de desmatamento.

Anteriormente, o cômputo das áreas de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal só era permitido excepcionalmente, nos casos de a soma da vegetação nativa em nas duas áreas protegidas excedesse a 80% em propriedade rural localizada na Amazônia Legal; 50% em propriedade localizada nas demais regiões do país; e, 25% da pequena propriedade rural.

O novo Código permite, ainda, que a propriedade com reserva legal com área maior que o mínimo exigido pela lei, poderá utilizar a parte excedente para constituição de servidão ambiental, cota de reserva ambiental e compensação de reserva legal de imóveis que não cumpram com o percentual mínimo exigido legalmente²⁵.

Exceção a esta regra, é a possibilidade de a pequena propriedade ou posse rural familiar²⁶, bem como de as propriedades de até 4 módulos fiscais, terras indígenas demarcadas e áreas de povos e comunidades tradicionais, instituírem a cota de reserva ambiental ou a servidão ambiental sobre a vegetação nativa que integra a totalidade da reserva legal diretamente, e, não, somente sobre o seu excedente, configurando mais uma perda nas áreas de reserva legal.

A ampliação da possibilidade de redução da reserva legal pelo Poder Executivo também foi uma das flexibilizações trazidas pelo novo Código Florestal.

Anteriormente o Governo Federal podia - caso indicado pelo Zoneamento Ecológico Econômico - ZEE e pelo Zoneamento Agrícola, e desde que ouvidos o CONAMA, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Agricultura e Abastecimento - reduzir a reserva legal florestal na Amazônia Legal para fins de recomposição, para até 50% da propriedade, excluídas as áreas de preservação permanente, os ecótonos, os sítios e ecossistemas especialmente protegidos, os locais de expressiva biodiversidade e os corredores ecológicos.

²⁵ Artigo 15, §2º, da Lei nº 12.651/2012.

²⁶ Artigo 44, §4º, da Lei nº 12.651/2012.

Atualmente, contudo, não há qualquer alusão à exclusão das áreas de proteção permanente, dos ecótonos, dos sítios e ecossistemas especialmente protegidos, assim como dos corredores ecológicos, e o Poder Executivo, desde que indicado pelo Zoneamento Ecológico Econômico - ZEE, pode reduzir a reserva legal para 50% do imóvel com área rural consolidada, situado em área de floresta localizada na Amazônia Legal, exclusivamente para fins de regularização. A única exclusão trazida pela lei nova é das áreas prioritárias para conservação da biodiversidade e dos recursos hídricos.²⁷

Outra nova hipótese de redução do percentual da área de reserva legal, segundo a nova lei, pode se dar quando o Município ou o Estado, este último desde que conte com Zoneamento Ecológico Econômico - ZEE aprovado, tiverem, respectivamente, mais de 50% ou 65% de suas áreas ocupadas por unidades de conservação de domínio público e terras indígenas homologadas.

2.1.3 O Programa de Regularização Ambiental das Áreas de Preservação Permanente e das Reservas Legais Consolidadas

Enquanto o Código Florestal revogado exigia a recomposição integral da reserva legal e da área de preservação permanente²⁸ quando irregularmente desmatadas, o novo Código permite a regularização de determinadas atividades situadas nas áreas rurais consolidadas, desde que haja adesão do proprietário ao Programa de Regularização Ambiental – PRA a ser estabelecido pelo Governo, por meio da assinatura de um termo de compromisso.²⁹

A nova lei define áreas rurais consolidadas como a área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias

²⁷ Art. 13, I, da Lei nº 12.651/2012.

²⁸ Segundo SENISE, Walter José, *in* MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Afonso Leme. Novo Código Florestal. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; o novo Código, no art. 61-A, §6º, consolida a obrigação de recomposição das áreas de preservação permanente, a qual era antes adotada por força do entendimento da Administração e do Judiciário a respeito, pois, de fato, o Código Florestal (Lei nº 4.771/1975) era expresso quanto à obrigação de recuperação tão somente das áreas de Reserva Legal.”

²⁹ Artigo 59 da Lei nº 12.651/2012.

ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio.³⁰

A nova legislação estabelece que no período entre a publicação do novo Código e a criação do PRA e com a adesão ao PRA e a assinatura do Termo de Compromisso para regularização do imóvel, ficam suspensas as ações penais e a aplicação de penalidades administrativas, não podendo ser o proprietário ou possuidor autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em áreas de preservação permanente, reserva legal e de uso restrito.³¹

Nas áreas de preservação permanente está autorizada a continuidade, exclusivamente, das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas.

Todavia, de forma a garantir minimamente as funções ambientais das áreas de preservação permanente, o novo Código cuida, também, da obrigação de recomposição proporcional destas áreas especiais, a qual varia, em geral, de acordo com o tamanho do imóvel ou posse rural, tomando por base número de módulos rurais.³²

Da mesma forma como previsto no Código revogado, o proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de reserva legal em extensão inferior aos percentuais estabelecidos na Lei, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, por meio de recomposição, regeneração natural ou compensação de reserva legal.³³

O novo Código permite que a recomposição seja realizada por meio do plantio intercalado de espécies nativas com exóticas ou frutíferas, em sistema agroflorestal, podendo chegar o plantio de exóticas a quase 50% da área a ser recuperada. O

³⁰ Artigo 3º, IV, da Lei nº 12.651/2012.

³¹ Artigo 59, §4º da Lei nº 12.651/2012.

³² Artigo 61-A da Lei nº 12.651/2012.

³³ Artigo 66 da Lei nº 12.651/2012.

Código anterior exigia, no entanto, que a recuperação fosse realizada com espécies nativas, admitindo-se o plantio de espécies exóticas apenas como pioneiras.

A compensação para a regularização da reserva legal, por sua vez, pode ocorrer - desde que não seja utilizada como forma de viabilizar a conversão de novas áreas para uso alternativo do solo - por meio de: (i) a aquisição de cota de reserva ambiental - CRA; (ii) o arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou reserva legal; (iii) a doação ao poder público de área localizada no interior de unidade de conservação de domínio público pendente de regularização fundiária; e, (iv) o cadastramento de outra área equivalente e excedente à reserva legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.³⁴

Caso a supressão de vegetação nativa tenha sido realizada respeitando os percentuais de reserva legal previstos pela legislação da época, os proprietários ou possuidores estão dispensados de promover a adequação da área de reserva legal às novas dimensões trazidas pela Lei. Tal situação não era permitida na vigência do Código anterior, durante a qual os imóveis rurais deveriam todos adequar-se às dimensões da reserva legal exigidas pela lei em vigor, independente de já ter havido supressão ou não.

Além disso, estão isentos de recuperar a reserva legal os proprietários possuidores de imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no Código atual. Neste caso, a reserva legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedada nova conversão para uso alternativo do solo³⁵.

2.1.4 Florestas e demais formas de vegetação em terra indígena

O novo Código Florestal não define mais as florestas localizadas em terras indígenas como áreas de preservação permanente, como previa o Código revogado.

Em razão disso, se antes a exploração de recursos florestais em terras indígenas somente poderia se dar sob o regime de manejo florestal sustentável para atender a necessidade de subsistência das comunidades indígenas, atualmente, com essa alteração, as terras indígenas passaram a receber o mesmo tratamento das florestas e demais formas de vegetação nativa.

Com isso, o novo Código estende às terras indígenas o mesmo tratamento diferenciado dado à pequena propriedade ou posse rural familiar, permitindo que os índios façam uso econômico de suas terras, desde que respeitadas às exigências aplicadas para a agricultura familiar.

A perda da qualificação jurídica das terras indígenas como áreas de preservação permanente certamente implicará em algum impacto, senão às próprias populações indígenas, também no aumento do desmatamento em virtude que tal exploração econômica poderá ocasionar, sobretudo na Amazônia Legal, onde se encontram a maior parte das terras indígenas demarcadas.

³⁴ Artigo 66, §5º, da Lei nº 12.651/2012.

³⁵ Artigo 67, da Lei nº 12.651/2012

3 DIREITO INTERTEMPORAL

3.1 NOÇÕES GERAIS

A origem da problemática da aplicação da lei no tempo gira em torno da necessidade – e da dificuldade – de se harmonizar dois princípios fundamentais supostamente antagônicos: a segurança jurídica e o desenvolvimento.

De acordo com Maria Coeli Simões Pires “O tema invoca a ideia de tensão entre segurança jurídica e justiça; entre estabilidade e transformação e entre passado e futuro.”³⁶

Neste contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que

De um lado, ocorre a impostergável exigência de estabilidade das relações jurídicas. Este reclamo, advindo do valor segurança, que é conatural ao Direito, postula a imutabilidade das situações constituídas. (...) De outro lado, milita a convicção de que as regras novas por força se hão de presumir mais satisfatórias para reger a vida social e por isso mesmo não podem ser detidas pelos eventos regulados no passado. Ocorre, ademais, que a alteração legislativa é condição do progresso social, donde a convivência de reconhecer-lhe operatividade ampla desde sua entrada em vigor.³⁷

É da contraposição entre lei nova e lei velha que se preocupa o direito intertemporal. Tal contraposição, não resulta como pode parecer, da coexistência de

³⁶ O tema “Desafia os discursos de justificação legislativa na criação de um quadro normativo de condutas com vistas à organização e à disciplina da vida social que propicie às pessoas a previsibilidade ou a relativa certeza quanto ao resultado de seu comportamento. Igualmente, a temática densifica os discursos de aplicação ou interpretação na busca de uma segurança jurídica imparcial que, protegendo as esferas individuais contra abalos insuportáveis, mudanças traumáticas, rupturas inopinadas, não se compraza com a insegurança geral ou com a exclusão, e nem se influencie por retóricas de contingência, mas pugne por uma justiça que se projete, histórica e construtivamente, como resposta ao apelo do justo concreto e processualmente delineado.” PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido como limite à retroprojeção de emendas constitucionais*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v.22, n.4, out./dez. 2004, p. 86.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o direito administrativo. *Interesse Público*, São Paulo: Notadez, v.8, n.38, p. 13. Na mesma linha: “As questões suscitadas pela sucessão de duas leis no tempo, sempre relativamente à situações intertemporais, devem ser resolvidas tendo em conta duas preocupações fundamentais e, aliás, conflitantes entre si. De um lado está o progresso das instituições jurídicas, para que estas se readequem continuamente às sempre renovadas necessidades de uma sociedade em permanente transformação, nos aspectos político, econômico e social e, de outro lado, está a necessidade de assegurar aos particulares a estabilidade, ou segurança, imprescindível ao desenvolvimento de suas atividades. Podemos sintetizar estas duas preocupações falando nos princípios da modernidade e da segurança jurídica.” (NORONHA, Fernando. Indispensável reequacionamento das

leis, mas sim da sucessão, no tempo, de leis com o mesmo objeto e hierarquia. Diante disso, seu objeto é a determinação dos limites de domínio de cada uma dentre duas disposições jurídicas consecutivas sobre o mesmo assunto.³⁸

Conforme Carlos Maximiliano, o direito intertemporal “traça preceitos gerais, bem orientados e de cunho político, tendentes a resolver questões de aplicação, no tempo, de quaisquer leis, nacionais ou estrangeiras³⁹. [...] O que, em todas as épocas, se considerou como um dos problemas sérios, árduos e dos mais complexos da ciência do direito.”⁴⁰

Essa complexidade se justifica porque o direito intertemporal, no ordenamento jurídico brasileiro, tem como pilar a aplicação direta e imediata da lei, ora limitando o seu efeito ao presente e ao futuro e ora alcançando também o passado.⁴¹ Isso significa, segundo Ferreira Filho, “que ela, uma vez preenchida e acabada, e satisfeitas as providências complementares que a levam ao conhecimento dos que devem cumpri-la, está apta a produzir efeitos, ou seja, é eficaz.”⁴²

No momento em que uma lei é revogada, com a entrada em vigor de uma nova lei, no direito intertemporal esta é utilizada como linha de corte e os fatos passam a ser considerados como (i) passados, (ii) presentes, (iii) futuros ou (iv) pendentes, de acordo, respectivamente, com a sua (i) anterioridade, (ii) concomitância, (iii) posteridade ou (iv) nascimento no passado e produção de efeito em relação à nova lei.⁴³

questões fundamentais de direito intertemporal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.94, n.837, jul./2005, p. 58).

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. A constituição e o conflito de normas no tempo: direito constitucional intertemporal. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 33-75.

³⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. Rio de Janeiro: Livraria Freiras Bastos, 1ª ed., 1946, p.7.

⁴⁰ LASSALE, FERDINAND. *Teori Systematique des Droits Acquis*, trad. Francesa, vol. I, p. 19, *apud* Maximiliano, Carlos, op. cit., p. 8.

⁴¹ *Ibidem*, p.8.

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 188/189.

⁴³ FRANCA, Rubens Limongi. *Direito Intertemporal Brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. e atual, 1968, p. 68.

Há unidade na doutrina na afirmação de que os fatos que realmente interessam ao direito intertemporal são os fatos pendentes, inexistindo conflito quando o fato nasce e é exaurido ainda sob a vigência da lei anterior, pois em se tratando de situação consumada, tal será indiferente a qualquer nova lei superveniente, salvo em caso de retroatividade expressa. A mesma ausência de conflito se verifica para os fatos nascidos e consumados já sob a égide da nova lei, a qual, sobre eles, terá império absoluto e a lei revogada nunca poderá ser aplicável.⁴⁴

Fernando Noronha elucida que a finalidade do direito intertemporal está diretamente relacionada com a

determinação do regime jurídico aplicável às situações jurídicas que estejam pendentes no momento da substituição de uma lei por outra. (...) Por isso, o que importa considerar são aqueles fatos que chamaremos de situações jurídicas intertemporais e que tradicionalmente são designados por fatos pendentes, ou *facta pendentia*. É preferível a designação 'situações', por ser mais abrangente, mas usemos uma ou outra terminologia, o certo é que os fatos pendentes, ou situações intertemporais, serão sempre hipóteses com ligação tanto no passado como ao presente, tanto à lei antiga como à nova. As situações intertemporais constituem a matéria-prima do Direito Intertemporal, porque é sobre elas que este vai trabalhar.⁴⁵

Em razão da sua ligação com o passado e com o presente e, por conseguinte, com a lei antiga e com a lei nova, Fernando Noronha divide os fatos pendentes em quatro tipos:

Primeiro estarão as situações que se encontravam em curso de constituição ou de extinção no momento da mudança de legislação: serão casos em que o pressuposto de aplicação das duas normas em conflito é constituído por diversos fatos, alguns verificados ao tempo da lei antiga e outros ao tempo da nova, constituindo um todo que ainda pode ser considerado, à luz da lei nova, como fato presente. Em segundo lugar estarão os fatos inteiramente verificados ao tempo da lei anterior, mas sobre os quais havia litígio ainda não objeto de decisão judicial à data da mudança legislativa: à luz da lei nova aqui teremos fatos passados, mas ainda sem solução definitiva ao tempo da sua entrada em vigor. Em terceiro lugar ainda poderão ser incluídos entre os *facta pendentia* os casos que nascem após a lei nova, mas no desenvolvimento de situações constituídas anteriormente: também estes fatos têm alguns elementos próprios de fatos passados e outros característicos de fatos presentes; perdurando ao tempo da lei nova, estas situações e as consequências que forem produzindo ainda poderão ser incluídas entre os fatos presentes. Em quarto e último lugar,

⁴⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 5ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1971. v.1, p. 170.

⁴⁵ NORONHA, Fernando. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v.94, n.837, jul./2005, p. 55.

teremos os fatos que eram tidos como jurídicos ao tempo da lei velha e que a nova suprime; pelo menos no momento da mudança legislativa eles eram pendentes, mesmo que à luz da lei nova devem ser considerados como fatos passados.⁴⁶

A dificuldade advinda do trânsito dos fatos ou situações jurídicas sob a vigência sucessiva de duas ordens distintas – fatos pendentes – se dá quando a lei antiga e a nova conferem tratamento diverso àquelas situações concretas, as quais constituem sua fatispécie ou hipótese de incidência comum.⁴⁷

Como se vê, são os fatos pendentes a verdadeira matéria prima do direito intertemporal, pois “o grande problema assenta em relação àqueles fatos ou situações jurídicas que, nascidas no regime da lei ab-rogada, prosseguem em trânsito até serem apanhadas pela nova lei revogadora”.⁴⁸

3.2 AS TEORIAS DE GABBA E ROUBIER

A aplicação das leis no tempo dividiu os estudiosos em seguidores de duas principais teorias: a Teoria Clássica ou Subjetiva, proclamadora da *irretroatividade* e baseada no respeito ao *direito adquirido*, com o italiano Carlos Francesco Gabba como seu maior expoente, e a Teoria Objetiva, defendida pelo francês Paul Roubier, aplicadora *imediate* das normas recentes, acatando, porém, as situações jurídicas definitivamente constituídas.⁴⁹

Há muitas outras teorias sobre o tema⁵⁰, entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina e a jurisprudência foram especialmente influenciados pelas

⁴⁶ NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para a solução dos problemas de direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 23, abr./jun. 1988, p.95.

⁴⁷ “Como toda norma tem uma parte descritiva e outra prescritiva, a primeira parte descreve os fatos, situações ou circunstâncias que quando ocorrem, produzem determinadas consequências. À caracterização do fato, que é a parte descritiva da norma, pode ser dado nome de pressuposto, ou fatispécie, hipótese de incidência, ou ainda, suporte fático. À parte prescritiva da norma, no que se refere ao tratamento jurídico, podem ser dadas as denominações estatuição, dispositivo, preceito, ou, ainda, consequência jurídica. (NORONHA, loc. cit.)

⁴⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁹ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p.9.

⁵⁰ Ver a respeito FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito Intertemporal Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

Teorias Subjetiva e Objetiva, assumindo peculiaridades que não permitem a resolução dos conflitos de leis no tempo, exclusivamente, por uma e outra posição.⁵¹

No artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil [Decreto nº 4.657/1942] percebe-se a adoção da regra de efeito imediato, proposta por Roubier, enquanto, por outro lado, no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal e na aludida Lei de Introdução ao Código Civil vê-se que não foi desconsiderada a proteção ao direito adquirido, propugnada por Gabba.

José Eduardo Martins Cardozo é quem mais claramente explica a Teoria Clássica ou Subjetiva:

De maneira sintética, poderíamos dizer que os defensores desta corrente têm, como alicerce de todas suas reflexões, a ideia de que as novas leis não devem retroagir sobre aqueles direito subjetivos que sejam considerados juridicamente como adquiridos pelo seu titular. Ou em outras palavras: ao ver destes, a questão da irretroatividade das leis tem assento na premissa fundamental que afirma a impossibilidade de uma lei vir a desrespeitar “direitos adquiridos” sob o domínio de sua antecedente.⁵²

A Teoria Subjetiva parte do pressuposto de que a lei opera retroativamente quando atua no presente, ou seja, quando incide em fatos nascidos antes do seu advento, mas que produzem efeitos no presente [fatos pendentes]. Assim, retroatividade para esta teoria é entendida como a aplicação da norma aos fatos em curso e não somente aos fatos passados.

Para Gabba, desde que se respeitem os direitos adquiridos, seria perfeitamente possível e aceitável a aplicação retroativa da lei [aplicação da norma para fatos passados e pendentes]. Esta incidência, por conseguinte, é admissível desde que se mantenha restrita às relações jurídicas surgidas anteriormente, cujos efeitos estejam

⁵¹ A propósito: LEVADA, Felipe Antônio Marchi. *Direito Intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011, fl. 20 e ALMEIRA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito Adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012, fl. 51.

⁵² CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 *apud* ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito Adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

em curso e cuja natureza não comporta a formação do direito adquirido - e foi da análise destas relações que ele se ocupou em seu estudo.⁵³

Para isso, Gabba afirma ser direito adquirido todo o direito que:

(i) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo ao qual o fato foi realizado, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo, e (ii) nos termos da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.⁵⁴

Para tal definição Gabba identifica os elementos que compõe a essência do direito adquirido, vislumbrando-o a partir (i) da análise do direito que pode ser considerado como adquirido, (ii) da conceituação do direito como elemento do patrimônio e, também, (iii) do conceito de fatos aquisitivos.⁵⁵

O direito que pode ser considerado como adquirido, segundo Gabba, é o direito subjetivo, ou seja, o direito concreto, isto é, aquele proveniente da ocorrência do pressuposto cuja consequência jurídica está prevista em lei.⁵⁶

Todavia, não basta ser subjetivo/concreto, é imprescindível que tenha se tornado, também, parte do patrimônio individual, não apenas no sentido de que pertence a um indivíduo, mas, também, na medida em que se liga diretamente com a individualidade, com características próprias e distintivas desta.

Por essa razão, muitos direitos não podem ser considerados como adquiridos porque não fazem e/ou não podem fazer parte do patrimônio individual de quem os possui. Gabba os identifica com os direitos elementares ou fundamentais, incluindo neste rol os “que regulam o estado e condição pessoal do indivíduo, bem assim as coisas e os direitos dos quais estas podem ser objeto.”⁵⁷

⁵³ GABBA, Carlo Francesco. *Retroattività delle leggi*. 3ª Ed. Milano – Roma – Napoli: UTET, 1891, v.I *apud* ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito Adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52/53.

⁵⁴ GABBA, *apud* ALMEIDA, loc. cit.

⁵⁵ GABBA, *apud* ALMEIDA, loc. cit.

⁵⁶ GABBA, *apud* ALMEIDA, loc. cit.

⁵⁷ GABBA, *apud* ALMEIDA, loc. cit.

Não basta, todavia, para se tornar um direito adquirido, um direito subjetivo que faça parte do patrimônio, seria preciso, ainda, que tal direito constituísse uma verdadeira utilidade ao indivíduo, por dizer com a órbita privada e individual do sujeito.⁵⁸

Gabba reflete, também, sobre os fatos aquisitivos, que são os fatos que fazem com que um direito passe a pertencer a um indivíduo. Lecionou ele que para que um fato tenha condições de gerar um direito individual, concreto e adquirido, deve possuir as seguintes características: (i) o fato aquisitivo deve consistir em uma modalidade daquela situação em que cada um se encontra pelo simples fato de ser homem; (ii) é necessário que seja determinada a pessoa contra a qual o direito se afirme, devendo esta característica estar no próprio fato aquisitivo de onde este provém; (iii) o fato aquisitivo deve ter o condão de transformar o direito objetivo em subjetivo.⁵⁹

A extrema dificuldade de fixar-se uma definição precisa de direito adquirido, bem como pela falsa ideia trazida pela conceituação do direito adquirido de se pretender proteger somente direito subjetivo, conforme observado por Carlos Maximiliano⁶⁰, abriu espaço para o domínio da Teoria Objetiva ou Teoria das Situações Jurídicas.

Para os objetivistas a resolução dos conflitos de lei no tempo se dá pela “identificação da lei vigente no momento em que os efeitos dos fatos são produzidos”, consubstanciando o efeito retroativo a aplicação da lei exclusivamente ao passado e o efeito imediato a aplicação da lei ao presente [fatos pendentes].⁶¹

Para, nos fatos pendentes, identificar os fatos que nasceram antes e os fatos que nasceram depois da lei nova, Roubier afasta a utilização do conceito de “direito adquirido” e em seu lugar emprega a expressão “situação jurídica”. Para ele não se

⁵⁸ GABBA, *apud* ALMEIDA, loc. cit.

⁵⁹ GABBA, *apud* ALMEIDA, loc. cit.

⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p.10.

⁶¹ GABBA, *apud* ALMEIDA, loc. cit.

verifica se a lei nova fere um direito adquirido ou não, mas sim se nasceu antes, durante ou depois de determinada situação jurídica.⁶²

Ele adota o conceito de situação jurídica justamente por não ter estritamente um caráter subjetivo e, com isso, melhor plasmar todas as situações da realidade “mesmo que não se tratasse de situações de um sujeito [...] A norma meramente qualificativa de coisas, como imóveis fungíveis, sendo uma norma jurídica, provocaria na sua aplicação situação jurídica sem titular definido.”⁶³

Situação jurídica seria, então, um complexo de direitos e deveres, de prerrogativas e de encargos – advindos da soma das situações subjetivas e objetivas – que se criam em torno de um fato ou de um estado ou de um ato, o qual gera efeitos jurídicos.⁶⁴

Situações jurídicas subjetiva são aqueles que tendem a criar direitos subjetivos, muito mais do que deveres jurídicos e podem ser estabelecidas por ato voluntário ou pela lei.

Situações jurídicas objetivas, por outro lado, comportam mais deveres jurídicos do que direitos subjetivos, sendo estabelecidas não para satisfazer os interesses individuais dos particulares, mas, principalmente, a certas exigências de ordem pública e social, razão pela qual, ao contrário dos direitos subjetivos, não são passíveis de renúncia ou desistência.⁶⁵

Atento que o desafio maior do direito intertemporal surge quando há situações jurídicas em curso, Roubier buscou um critério para identificação, no caso concreto, da ocorrência de um efeito retroativo e da ocorrência de um efeito imediato. Para tanto identificou na situação jurídica dois momentos distintos: o momento de sua criação ou

⁶² LEVADA, Felipe Antônio Marchi. Direito Intertemporal e a proteção do direito adquirido. Curitiba: Juruá, 2011, p.23.

⁶³ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Civil. Teoria Geral: relações e situações jurídicas. Coimbra: Coimbra, 2002 *apud* LEVADA, loc. cit.

⁶⁴ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. Paris, Dalloz et Sirey, 1960 *apud* ALMEIRA, Lilian Barros de Oliveira. Direito Adquirido: uma questão em aberto. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

⁶⁵ ROUBIER, *apud* ALMEIDA, ob. cit., p. 60.

extinção e o momento que ela está em curso, denominados por ele de fase dinâmica e fase estática, respectivamente.⁶⁶

Desta forma, se a lei nova disciplina a criação ou extinção de situações jurídicas subjetivas ou objetivas, as situações jurídicas já criadas ou extintas sob a égide da lei velha assim permanecem. Contudo, se a lei nova cuida dos efeitos da situação jurídica, a definição da incidência imediata passa na identificação dos efeitos produzidos antes, durante e depois da entrada em vigor da nova lei. Os efeitos anteriores são do domínio da lei antiga e são intocáveis, os efeitos presentes e futuros passam ao domínio da lei nova e por ela são regulados.⁶⁷

Por fim, Roubier identifica, ainda, algumas situações jurídicas particulares, dentre elas as situações jurídicas permanentes, que são aquelas situações que “se encontram em estado permanente de constituição e que podem ser sempre modificadas, criadas ou suprimidas por uma nova lei.”⁶⁸

Após analisar, dentre outras teorias, também as Teorias Subjetiva e Objetiva, Carlos Maximiliano pondera que

as expressões sucessivamente adotadas pelas várias escolas do Direito Intertemporal (teoria dos direitos adquiridos, da retroatividade das leis, dos fatos jurídicos perfeitos, completados, consumados; das situações jurídicas definitivamente constituídas) colimaram, apenas, a precisão da linguagem; na essência, as várias correntes se equivalem; tanto que as divergências suscitadas na aplicação dos princípios basilares se não ligam às diferenças da doutrina fundamental [...] Na verdade, quem atenta contra situação jurídica definitiva, posterga direito adquirido, atribui ao texto recente efeito retroativo.⁶⁹

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha adotado a proteção constitucional ao direito adquirido, o efeito imediato da lei também é regra vigente, pelo que a Teoria Objetiva de Roubier teve grande influência no ordenamento para a fixação de um conceito de retroatividade sem confundir-lo com o de direito adquirido, como fez Gabba, bem como, para a determinação dos fatos a serem atingidos pela lei nova.

⁶⁶ ROUBIER, *apud* ALMEIDA, ob. cit., p. 63.

⁶⁷ ROUBIER, *apud* ALMEIDA, ob. cit., p. 64.

3.3 RETROATIVIDADE, IMEDIATIDADE, ULTRATIVIDADE E PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI

Novamente José Eduardo Cardozo é quem bem define o efeito imediato da lei, o qual

se deve entender como aquele que atinge fatos e situações no exato momento temporal em que esta entra em vigor, não importando juridicamente se tais fatos e situações remontam ou não no seu nascimento a um antigo diploma legislativo por esta nova lei substituído.⁷⁰

Tem-se, então, que por efeitos imediatos ou retrospectivos da lei devem ser entendidos não somente os que alcançam os fatos presentes, mas também os que incidem nos fatos pendentos que tenham lugar a partir da entrada em vigor da nova lei. É o que dispõe o artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil [Decreto nº 4.657/1942].

No dizer de Fernando Noronha, a lei opera com efeito imediato quando aplicável aos pressupostos (hipóteses de incidência ou suporte fático) que forem ocorrendo ou se complementando enquanto ela estiver em vigor, determinando, também, desta forma, as consequências jurídicas a serem produzidas, as quais correspondem a respectiva estatuição.⁷¹

Assim, Carlos Maximiliano propugna a aplicação imediata da lei, indicando que “a regra para o juiz é fazer observar o direito vigente, salvo nos casos em que o direito revogado conserva certa ultratividade.”⁷²

A ultratividade dá-se quando, em determinados casos, apesar do advento da lei nova, algumas situações continuam a ser regidas pela lei revogada. Tal efeito pode

⁶⁸ ROUBIER, *apud* ALMEIDA, ob. cit., p. 65.

⁶⁹ MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit., p.13.

⁷⁰ CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 *apud* ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito Adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁷¹ NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para a solução dos problemas de direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 23, abr./jun. 1988, p.95.

⁷² MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit., p. 20.

estar previsto expressamente na lei nova ou, ainda, ser fruto da proteção ao direito adquirido.

Aliás, nesta linha, se é verdade que a proteção ao direito adquirido pode engendrar a ultratividade da lei velha, o mesmo não se pode dizer sobre a ofensa ao direito adquirido e a retroatividade da lei, pois aqueles, em geral, se ofendidos o são pelo efeito imediato da lei e não por seu efeito retroativo.

Conquanto seja possível identificar-se na doutrina pátria a mesma cisão protagonizada por Gabba e Roubier acerca do conceito de retroatividade da lei, aquele entendendo retroatividade como a atuação da lei sobre os fatos pendentes e este a compreendendo como a atuação da lei sobre os fatos passados e os efeitos presentes dos fatos pendentes, importa que parte substancial da doutrina toma retroatividade como a ação exclusivamente pretérita da lei, que em nada se relaciona com o presente e, tampouco, como futuro de uma norma legal.⁷³

Neste sentido leciona Carlos Maximiliano que “dize-se retroatividade, no sentido jurídico, toda vez que uma relação de direito ou um fato é influenciado ou empolgado pela nova norma, como se desde o princípio tivesse estado sobre a regência da mesma.”⁷⁴

Quando a lei nova atinge os efeitos presentes dos fatos pendentes, mas não atinge os fatos passados, ela opera com efeito imediato e não retroativo. Pertinente, a propósito, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello ao asseverar que

Não se pode dizer que sejam retroativas [as leis que agem no presente, de forma imediata, atingindo efeitos de fatos nascidos no passado], pois respeitam e efeitos que precederam o seu advento, alcançando tão só aqueles efeitos que se estão propagando ainda e que, por isso mesmo, se desenrola já à época da vigência da lei nova (...) retroagir é em relação ao passado. Se uma lei apanha relações que existem no presente, não está se reclinando sobre o pretérito; pelo contrário, está incidindo sobre aquilo que se processa na atualidade⁷⁵

⁷³ Ver a respeito Pontes de Miranda, José Eduardo Martins Cardozo, Celso Antônio Bandeira de Mello, Gilmar Mendes e Fernando Noronha.

⁷⁴ MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit., p. 14.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o direito administrativo. *Interesse Público*. São Paulo: Notadez, v.8, n.38, jul.-ago/2006, p. 13/24.

O fundamento filosófico da irretroatividade é a necessidade de segurança jurídica, pelo que não pode ser o homem surpreendido pelo inesperado, se a lei se atribui feito retroativo, principalmente sobre direitos para cuja aquisição sua vontade participou.

A principal regra em matéria de direito intertemporal no ordenamento jurídico brasileiro é dada pela Constituição Federal, a qual dispõe no inciso XXXVI do seu artigo 5º “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Com exceção da Carta do Estado Novo, de 1937, no Brasil o tema foi tratado em todas as Constituições, desde a Imperial, de 1824.⁷⁶ Todavia, somente as Constituições de 1824 e 1891 consagraram expressamente o princípio da irretroatividade ampla da lei, não havendo nas demais cartas políticas a menção expressa à permissão ou proibição de retroatividade.

Percebe-se, contudo, a admissão implícita da ideia de irretroatividade da lei na Constituição Federal, na medida em que o seu artigo 5ª XXXVI resguarda dos efeitos da lei nova o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Trata-se, no entanto, do acolhimento do princípio da irretroatividade restrita da lei e não ampla, como previsto nas Constituições de 1824 e 1891, pois enquanto estas vedavam, expressamente, a prescrição de leis retroativas⁷⁷, a atual restringe a retroação da lei à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Do contrário, pode a lei retroagir, desde que haja determinação expressa do legislador.

⁷⁶ TEIXEIRA, Anderson V. O direito adquirido e o direito intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: PGE, v.29, n.61, 2005, p. 135/160.

⁷⁷ A Constituição do Império do Brasil, de 1824, determinava em seu art. 179 que a disposição de leis pelo Império não teria efeito retroativo. Já a Constituição de 1891 dispunha, no seu art. 11, que era vedado aos Estados, como a União, a prescrição de leis retroativas.

Neste ponto se identifica a influência de Gabba no sistema jurídico brasileiro, que também pregava a irretroatividade da lei limitada à proteção aos direitos adquiridos.

José Afonso da Silva afirma que “a Constituição não veda a irretroatividade da lei, a não ser da lei penal que não beneficie o réu. Afora isso, o princípio da irretroatividade da lei não é de Direito Constitucional, mas princípio geral de Direito.”⁷⁸

Entretanto, é na disposição da Lei de Introdução ao Código Civil [Decreto nº 4.657/1942] que se verifica a influência de Roubier, pois o *caput* do artigo 6º, com redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º/08/1957, dispõe sobre o efeito imediato da lei, “respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Logo, enquanto a regra do respeito ao direito adquirido vincula o legislador, porque prevista constitucionalmente, a regra do efeito imediato não o vincula, porque prevista em lei ordinária.⁷⁹ Entretanto, muito embora admitida, a retroatividade deve ser expressa, pois a regra é a irretroatividade da lei.

Esta é a lição de Elival da Silva Ramos:

Se combinarmos, adequadamente, o significado da norma condicionadora contemplada no artigo 6º, *caput*, da Lei de Introdução com o da norma constitucional limitadora dos efeitos da lei no tempo, disso resulta, singelamente, o seguinte: à luz do ordenamento positivo brasileiro, (A) a lei, em princípio, não retroage, mas pode apresentar efeitos retroativos se assim o dispuser expressamente, desde que respeitado o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (B) a lei é sempre dotada de eficácia imediata, desde que respeitado o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.⁸⁰

Disso se conclui que, no ordenamento jurídico brasileiro é o direito adquirido, portanto, o limite do qualquer dos efeitos temporais de uma lei nova, independentes de serem retroativos (pretéritos), retrospectivos (imediatos) ou prospectivos (futuros).

⁷⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 415.

⁷⁹ CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 *apud* LEVADA, Felipe Antônio Marchi. *Direito Intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011, p.60.

⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no ordenamento constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79/80.

Assim, para o direito intertemporal brasileiro a lei nova não retroage, mas pode apresentar efeitos retroativos se assim dispuser, bem como, é aplicada desde logo a todos os fatos pendentes, desde que em uma ou outra situação sejam respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

3.4 DIREITO ADQUIRIDO

A Teoria dos Direitos Adquiridos ou Subjetiva, adotada em parte pelo nosso ordenamento jurídico, e a própria garantia fundamental de proteção ao direito adquirido [assim como o ato jurídico perfeito e a coisa julgada], além de estar ligada a ideia de segurança, como direito fundamental de primeira geração é “produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado.”⁸¹

Não por outra razão, a proteção ao direito adquirido prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal é um direito e uma garantia fundamental individual, tendo como destinatário o Poder Público.

A Constituição Federal somente garante proteção ao direito adquirido, sem defini-lo ou apresentar elementos para sua caracterização. Todavia, isso não quer dizer que o conceito de direito adquirido prescindia de regulação, pois tal garantia, por determinação constitucional, tem aplicação imediata.⁸²

A Lei de Introdução ao Código Civil [Decreto nº 4.657/1942], por sua vez, no artigo 6º, §2º considera adquiridos “assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”, do que unicamente se extrai que direito adquirido é aquele direito que seu titular possa exercer, sendo

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 272.

⁸² Diante da definição em lei ordinária sobre o conceito de direito adquirido, duas orientações tiveram curso: a primeira que entende caber a lei ordinária preencher o conceito, estabelecendo seus limites, defendida por Limongi França; e a segunda para a qual a definição legal de direito adquirido não vincula a jurisdição constitucional, propugnada por Pontes de Miranda. Ver a respeito MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa e Direito Adquirido*. Disponível em:

evidente a sua insuficiência para a solução das questões de direito intertemporal e a identificação dos direitos tidos como adquiridos.

A maior parte dos conceitos de direito adquirido apresentados pelos estudiosos do assunto, na linha do conceito clássico proposto por Gabba, de origem liberal burguês, tentam elucidar a questão a partir de um núcleo comum consistente na ideia de direito subjetivo individual e patrimonialidade.⁸³

A propósito, Reynaldo Porchat leciona que:

Direitos adquiridos são consequências de fatos jurídicos passados, mas consequências ainda não realizadas, que ainda não se tornaram de todo efetivas. Direito adquirido é, pois, todo direito fundado sobre um fato jurídico que já sucedeu, mas que ainda não foi feito valer.⁸⁴

Para Caio Mário da Silva Pereira,

Direito adquirido, *in genere*, abrange os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade.⁸⁵

José Afonso da Silva auxilia na compreensão de direito subjetivo, a partir da teoria de Miguel Reale, explicando que

Para compreendermos um pouco melhor o que seja direito adquirido, cumpre lembrar o que se disse acima sobre direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). (...) Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível a vontade do seu titular. Incorporou-se ao seu patrimônio para ser exercido quando lhe convier. A lei nova não pode prejudicá-lo só pelo fato de o titular não

http://www.direitopublico.com.br/pdf_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-PAULO-MODESTO.pdf Acesso em 17/07/2013.

⁸³ Ver a respeito: CONSANI, Ana Cláudia do Rego. *Os direitos adquiridos na constituição federal de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23042010-143740/>>. Acesso em: 2013-05-30.

⁸⁴ PORCHAT, Reynaldo. *Da retroatividade das leis civis*. São Paulo: Duprat e Comp. 1909 *apud* LEVADA, Felipe Antônio Marchi. *Direito Intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011, p.88.

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1961, v. 1, p. 125.

o ter exercido antes. Direito subjetivo 'é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. Essa possibilidade de exercício de direito subjetivo foi adquirida no regime da lei velha e persiste garantida e face da lei superveniente. (...) Não se trata aqui da questão da retroatividade da lei, mas tão só de limite de sua aplicação. A lei nova não se aplica a situação subjetiva constituída sob o império da lei anterior.⁸⁶

É José Afonso da Silva quem também bem explica o critério de patrimonialidade:

Se a lei revogada produziu efeitos em favor de um sujeito, diz-se que ela criou situação jurídica subjetiva, que poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de um direito, um direito condicionado, um direito subjetivo. Este último é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível na via jurisdicional.

(...) A realização efetiva desse interesse juridicamente protegido, chamado direito subjetivo, não raro fica na dependência da vontade do seu titular. Diz-se, então, que o direito lhe pertence, já integra o seu patrimônio, mas ainda não foi exercido.⁸⁷

Carlos Maximiliano acresce ao conceito, além do direito subjetivo e da patrimonialidade, o elemento da utilidade particular. Para ele "É qualidade intrínseca do direito adquirido o proporcionar utilidade ao seu titular; construir prerrogativa privada, contendo vantagem particular e tornando-se um elemento de personalidade do indivíduo."⁸⁸

Paulo Modesto, por sua vez, alerta que a garantia do direito adquirido não visa impedir a evolução da legislação, porém, pelo contrário, pressupõe tal evolução para que seja concretizado. Para ele

A função específica da garantia do direito adquirido é assegurar, no tempo, a manutenção dos feitos jurídicos de normas modificadas ou suprimidas. Trata-se de garantia ocupada com os efeitos concretos da lei. Não se destina a inibir a evolução da legislação, a modificação ou a revogação das leis preexistentes, mas a fazer perdurar os efeitos individuais e concretos da lei alterada ou suprimida mais vantajosa na nova ordem legal. Direitos adquiridos são direitos subjetivos estabilizados no patrimônio jurídico individual e protegido da aplicação da lei nova. Não são direitos vocacionados a impedir a inovação abstrata da lei. Na verdade, a garantia do direito adquirido pressupõe, como condição para ser aplicada, a efetiva ocorrência de processos de reforma legislativa. Se não há sucessão legislativa, modificação da norma jurídica

⁸⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 413.

⁸⁷ SILVA, José Afonso, ob. cit., p. 414.

⁸⁸ MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit., p.43.

anterior por norma superveniente mais gravosa, a garantia não tem oportunidade de incidir.⁸⁹

Nem tudo o que se pode exercer, no entanto, é “adquirido” como, por exemplo, as expectativas de direito e as faculdades jurídicas que podem ser exercidas e só pertencem ao direito objetivo. Se antes da vigência da nova lei não era direito subjetivo, mas mero interesse jurídico simples, expectativa de direito ou até interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido, pois sobre tais situações jurídicas objetivas, mesmo que subjetivadas, a nova lei tem incidência imediata.⁹⁰

Teori Albino Zavascki vislumbra duas situações distintas previstas no conceito trazido pelo artigo 6º, §2º da Lei de Introdução do Código Civil. A primeira situação, que considera como direito adquirido o direito que pode ser exercido, distingue entre aquisição e exercício do direito: é adquirido o direito apto a ser exercido, ainda que não tenha havido o seu exercício. A segunda parte trata dos direitos cujo exercício está condicionado, os quais não se confundem com as chamadas expectativas de direito, que são situações em que não há direito algum, já que ainda pendentes de realização os requisitos para sua existência.⁹¹

Como bem expressa Maximiliano, “Aquisição do direito é o vínculo que une um direito a um indivíduo, ou a transformação de uma instituição de direito (abstrata) em uma relação de direito (pessoal).” Aquisição não se pode confundir com existência de direitos. Aquisição abrange o direito no sentido subjetivo e versa sobre o elemento móvel das relações, a existência abarca o direito no sentido objetivo, e versa a respeito do elemento permanente e imutável.⁹²

Segundo o mesmo Autor, os fatos que podem gerar direitos são os voluntários, realizados com ou sem o intuito de adquirir um direito; ou os involuntários, de que por

⁸⁹ Ver a respeito MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Direito Adquirido. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-PAULO-MODESTO.pdf Acesso em 17/07/2013.

⁹⁰ SILVA, José Afonso, ob. cit., p. 414.

⁹¹ MS 10.758/DF disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501012982&dt_publicacao=11/06/2007 Acesso em 18/08/2013.

⁹² MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit., p.24.

lei decorrem direitos, “porquanto estes nascem ou por obra do individuo, ou por efeito da lei”.⁹³

Daí que fere direito adquirido a lei que atinge o individuo por intermédio dos seus atos voluntários, mas, por outro lado, não o fere a lei que o afeta fora dos atos da sua vontade, isto é, “nas qualidades que lhe são comuns com a humanidade, ou naqueles que ele tem em sociedade, bem como se o alcança unicamente na medida em que modifica as instituições orgânicas da coletividade”.⁹⁴

Disso, propugna Maximiliano, que,

os direitos atribuídos ao individuo como tal, de cuja aquisição a sua vontade não participou, que não provieram de atos individuais; são qualidades ou faculdades gerais, cuja existência só se verifica em virtude das normas positivas que as concedem; desaparecem com estas, pois a lei é a expressão jurídica de toda a nação, impõe-se imediatamente.⁹⁵

A explicação mais clara e atual a respeito do tema vem de Teori Albino Zavascki, repisando lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que em matéria de direito adquirido vislumbra duas situações jurídicas distintas, na mesma linha prelecionada por Maximiliano: a que decorre de ato subjetivo individual e as chamadas situações gerais, decorrentes de atos normativos.⁹⁶

A partir da constatação que a configuração de direito adquirido não se concretiza de maneira uniforme em todas as situações jurídicas, Teori Zavascki adota a distinção do direito adquirido fundado em ato de vontade e direito adquirido fundado em preceito normativo, de cunho institucional, para cuja definição papel da vontade é absolutamente neutro.

Citando escólio de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello, o aludido Autor afirma que o conceito de situação jurídica, enquanto plexo de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular, comporta dois tipos distintos:

⁹³ MAXIMILIANO, Carlos, *ob.cit.*, p.25.

⁹⁴ MAXIMILIANO, Carlos, *ob. cit.*, p.25/26.

⁹⁵ MAXIMILIANO, Carlos, *loc. cit.*

⁹⁶ MS 10.758/DF disponível em

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501012982&dt_publicacao=11/06/2007 Acesso em 18/08/2013

(i) situações gerais, impessoais ou objetivas, cujo conteúdo é necessariamente o mesmo para todos os indivíduos que delas são titulares, pois tal conteúdo é determinado por disposição geral; (ii) situações individuais ou subjetivas, cujo conteúdo é individualmente determinado e pode variar de um titular para outro titular. Aqui, o ato individual ou da vontade, ao mesmo tempo em que cria a situação jurídica, investe nela o indivíduo.⁹⁷

Diversamente do que ocorre com as situações subjetivas, que são produzidas por atos da vontade do indivíduo e com isso criam direito novo, as situações gerais são produzidas por atos que criam disposições gerais e abstratas, ou seja, pelo direito objetivo e, por essa razão, não criam direito novo, apenas implementam o necessário a fim de que um quadro normativo já existente passe a vigorar em relação ao sujeito ou aos sujeitos que nele se vão se incluir, não criando com isso uma situação subjetiva, mas, tão somente, determina a incidência de uma situação geral e objetiva.⁹⁸

Como se percebe, há uma grande diferença entre as situações jurídicas gerais e as situações individuais e até mesmo intuitivamente se pode perceber a imediata aplicação das modificações da lei nova que incidam sobre as situações gerais, ao contrário do que se passa com as subjetivas individuais, que permanecem imunes aos seus efeitos.

Roubier, identificando a existência desta mesma diferença nas situações jurídicas, recomenda a sua divisão entre as decorrentes de lei que estipulem situações legais e leis que estipulem situações contratuais. Para ele, as situações jurídicas legais, que nada mais são do que as situações gerais acima referidas, por se tratarem de situações cujos efeitos apresentam duração contínua, sua imutabilidade pela não incidência da lei nova acarretaria tanto a paralisação do ordenamento jurídico em

⁹⁷ MS 10.758/DF disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501012982&dt_publicacao=11/06/2007 Acesso em 18/08/2013.

⁹⁸ MS 10.758/DF disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501012982&dt_publicacao=11/06/2007 Acesso em 18/08/2013.

relação às transformações sociais, quanto ao tratamento diferenciado para situações idênticas.⁹⁹

Pelas mesmas razões, mas por linhas argumentativas diversas, Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da matéria, ressalta que tanto a Teoria Subjetiva, quanto a Teoria Objetiva, rechaçam a possibilidade de subsistência de situação jurídica individual em face de uma alteração de regime jurídico.¹⁰⁰

Para explicar a razão, o citado Autor se acolhe a lição de Savigny, o qual divisava duas classes de leis distintas: a primeira concernente à aquisição de direitos, cujos direitos adquiridos não se submetem aos efeitos de lei nova, e a segunda atinente à existência de direitos, sobre a qual a lei nova tem aplicação imediata. A primeira corresponde às situações subjetivas de Celso Antônio Bandeira de Mello citadas por Teori Zavascki ou decorrentes de ato de vontade proclamadas por Maximiliano. As segundas, por conseguinte, às respectivas situações gerais ou objetivas e decorrentes de atos involuntários do indivíduo.

Gilmar Ferreira Mendes afirma, ainda na linha de Savigny, que as normas sobre existência de direitos não podem ser submetidas ao princípio da manutenção dos direitos adquiridos, “pois, se assim fosse, as leis mais importantes dessa espécie perderiam todo o sentido.”¹⁰¹ Assim,

os direitos (...) que tem vinculação especial e direta com o interesse geral e estão sujeitos a limites, condições e formas estabelecidas pelo legislador, como, v. g., o direito de caça, de pesca, o direito de propriedade sobre florestas e minas (...). Não há dúvida de que (...) aplica-se imediatamente toda lei nova sobre caça, propriedade florestal ou sobre o sistema monetário.¹⁰²

É o caráter institucional do direito de propriedade, ou conforme ainda Gilmar Mendes, “o conteúdo normativo do seu âmbito de proteção, permitem a legitimam a alteração do regime jurídico da propriedade, a despeito dos possíveis reflexos sobre as

⁹⁹ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 162.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 508.

¹⁰¹ MENDES, loc. cit.

¹⁰² MENDES, loc. cit.

posições jurídicas individuais. (...) O legislador não está impedido de redefinir o conteúdo do direito de propriedade, emprestando-lhe nova conformação.”¹⁰³

Vê-se, assim, que a garantia fundamental do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos, relações jurídicas permanentes ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados.

Diante da inevitável pergunta sobre a forma adequada de proteção dessas pretensões, a resposta indicativa de Gilmar Mendes é que a proteção a ser oferecida há de vir do próprio direito destinado a proteger a posição afetada.

Assim, se se tratar de direito de propriedade ou de outro direito real, há que se invocar a proteção ao direito de propriedade estabelecida no texto constitucional. Se se tratar, da mesma forma, de proteção de outro direito de perfil marcadamente institucional, também há que se invocar o próprio direito ou garantia fundamental correspondente eventualmente afetado e não o princípio do direito adquirido¹⁰⁴, de feição marcadamente individual.

3.5 ATO JURÍDICO PERFEITO

A Constituição Federal, além de afirmar que a lei não prejudicará o direito adquirido, também garante higidez ao ato jurídico perfeito.

Aqui, também, o conceito não é dado pela Constituição, mas pelo artigo 6º, §1º da Lei de Introdução ao Código Civil, que reputa “ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.”

Acerca do ato jurídico perfeito, a doutrina se divide, desproporcionalmente, em duas posições distintas: a minoria que entende que o ato jurídico perfeito, bem como a

¹⁰³ MENDES, *ob. cit.*, p. 516.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotação do Princípio do Direito Adquirido tendo em vista a Aplicação do Novo Código Civil. *Direito Público nº 01*, Jul/Ago/Set 2003. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/501/804> Acesso em 18/08/2013.

coisa julgada, são categorias diversas e autônomas do direito adquirido¹⁰⁵, sendo o ato jurídico perfeito o ato consumado, ou seja, um direito subjetivo já exercido; e a maioria, que vê o ato jurídico perfeito e a coisa julgada como subespécies do direito adquirido, pois o conceito deste compreenderia o daqueles.¹⁰⁶

Para Maria Helena Diniz “O ato jurídico perfeito é o já consumado, segundo a norma vigente, ao tempo em que se efetuou, produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido.”¹⁰⁷

Gilmar Mendes e Celso Bastos, partidários da posição majoritária, explicam o ato jurídico perfeito como o imunizado de alterações de forma eventualmente trazidas pela lei nova, as quais não poderiam repercutir no plano de sua validade, tendo em vista exatamente o ato jurídico perfeito neste aspecto.¹⁰⁸

Por essa razão, como bem lembra Celso Bastos, “o fato de um ato jurídico ser perfeito, não quer dizer, por si só, que no seu bojo encerre um direito adquirido”. Do que ele está protegido são das alterações de forma que a lei nova pode trazer.¹⁰⁹

Assim, vê-se que, por esta corrente, a garantia do ato jurídico perfeito nada mais é do que uma forma de proteger, também, eventual direito adquirido dele decorrente.

Pela outra parte da doutrina, no entanto, a garantia seria da mesma ordem da garantia dada ao direito adquirido, pois enquanto este é direito subjetivo exercitável, o ato jurídico perfeito seria o direito já exercido e consumado.

¹⁰⁵ A respeito ver: SILVA, José Afonso, ob. cit., p. 414; e CONSANI, Ana Cláudia do Rego. *Os direitos adquiridos na constituição federal de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23042010-143740/>>. Acesso em: 2013-05-30.

¹⁰⁶ A respeito ver: MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit., p. 105; e ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira, ob. cit., p. 102.

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código de Processo Civil Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 46.

¹⁰⁸ BASTOS, Celso. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 43 *apud* MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2002; e MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰⁹ BASTOS, Celso, *apud* MORAIS, ob. cit., p. 105;

3.6 COISA JULGADA

3.6.1 Conceito

O conceito de coisa julgada está expresso no artigo 467 do Código de Processo Civil, para o qual “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Contudo, além de o Código somente conceituar coisa julgada material, a definição existente não auxilia no esgotamento da controvérsia, não existindo na doutrina unidade de pensamento sobre o seu fundamento jurídico.

Não há dissenso, todavia, acerca de também ser o seu fundamento filosófico a segurança jurídica, para oferecê-las “às pessoas, de maneira que possam elas prever e contar com determinado resultado judicial.”¹¹⁰

Barbosa Moreira comenta tal dificuldade afirmando que

Não é de se espantar que se chegue a resultados não dispares quando se verifica quão longe se está de alcançar um consenso mínimo sobre a determinação mesma do ponto de partida. Impossível pretender, na problemática da coisa julgada, uma convergência de orientações, se não há sequer unanimidade de vistas quanto à delimitação conceptual do objeto pesquisado.¹¹¹

A própria definição trazida pelo ordenamento jurídico contribui para a confusão conceitual.

A Lei de Introdução ao Código Civil [Decreto nº 4.657/1942] no artigo 6º, §3º, com redação dada pela Lei nº 3.238/1957, define como “coisa julgada ou caso julgado *a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.*” Tal definição confunde coisa julgada com a sentença e, por isso, é absolutamente insuficiente e equivocada, pois

¹¹⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. 6, p. 679.

“nada nos informa sobre a essência do fenômeno e sobre o modo como ele atua para desempenhar sua função específica”¹¹²

Esta conceituação legal, entretanto, define, no máximo, o momento da formação da coisa julgada, pelo que se poderia afirmar que define a coisa julgada formal, que nada mais é do que “a impossibilidade de se rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada”¹¹³. É a indiscutibilidade da decisão processual verificada dentro do processo, o que conduz, inexoravelmente, a ideia de preclusão.¹¹⁴

Ao definir a coisa julgada material nos termos antes descritos, o Código de Processo Civil se equivocou ao estabelecer a coisa julgada como um efeito (eficácia) da sentença. Como demonstrou Enrico Tullio Liebman¹¹⁵, a coisa julgada material seria uma qualidade que reveste os efeitos da sentença a partir do seu trânsito em julgado. A coisa julgada, então, está fixada na imutabilidade da sentença, imutabilidade que não se confunde com um efeito ou a eficácia da decisão, os quais se produzem no momento em que a sentença é prolatada e antes de esta se tornar imutável com o acobertamento pela coisa julgada material.¹¹⁶

Cândido Rangel Dinamarco, na mesma linha, entende que a coisa julgada “é uma capa protetora, que imuniza estes efeitos (da sentença) e protege-os contra as neutralizações que poderiam acontecer caso ela não existisse.”¹¹⁷, ou ainda, que “coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito.”¹¹⁸

Barbosa Moreira também compartilhou o entendimento de Liebman de que a autoridade da coisa julgada seria uma qualidade da sentença. Discordou, no entanto,

¹¹² MOREIRA, loc. cit.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.659.

¹¹⁴ ARAGÃO, Ega Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aidê, 1992, p. 217/218.

¹¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38 et seq.

¹¹⁶ LIEBMAN, loc. cit.

¹¹⁷ DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros Editores. 2ª Ed., 2002, p. 304.

¹¹⁸ *Idem*. Relativizar a Coisa Julgada Material. In Revista de Processo, nº 109, p. 11.

sobre a aptidão desta qualidade para tornar imutáveis os efeitos da sentença, pois estes seriam mutáveis. Segundo o Autor, o que adquire a qualidade de imutável é o conteúdo da decisão, assumindo a autoridade de coisa julgada a nova situação jurídica dela decorrente.¹¹⁹

Para qualificar a análise, Ovídio Araújo Baptista da Silva se alinha ao entendimento de Barbosa Moreira, porém, acresce que não é todo o conteúdo da decisão que adquire a autoridade da coisa julgada, mas somente o conteúdo ou elemento declaratório. Para ele, “o chamado efeito declaratório da sentença, ou sua eficácia declaratória, corresponde ao juízo de subsunção praticado pelo julgador, ao considerar incidente no caso concreto a regra normativa constante da lei.”¹²⁰

Mais atualmente, Daniel Francisco Mitidiero, por sua vez, entende que a coisa julgada seria a qualidade de imutabilidade que, após o trânsito em julgado, recai sobre a força da decisão [ou sobre o conteúdo para Barbosa Moreira ou eficácia para Ovídio Batista] e não sobre os efeitos. Para ele

a autoridade da coisa julgada, que outra coisa não é que sua indiscutibilidade (imunidade a contestações juridicamente relevantes), recai justamente sobre determinada força da sentença, revestindo-a, qualificando-a e outorgando-lhe uma estabilidade muito especial.¹²¹

Mitidiero, na mesma linha de Barbosa Moreira, refuta a ideia de Liebman de imutabilidade dos efeitos da decisão, pois entende que estes podem ser alterados, seja pela vontade das partes, seja pelo decurso do tempo. Conforme o Autor, repisando, desta feita, o escólio de Ovídio Baptista, o que nunca será alterado é a força do comando judicial, que estará sempre apta para impor o que foi declarado pela sentença, efeito da decisão ao qual se apega a coisa julgada.

¹¹⁹ MOREIRA, loc. cit.

¹²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 210.

¹²¹ MITIDIERO. Daniel Francisco. Coisa Julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, nº 29, 2003.

Apoiado no conceito clássico elaborado por Chiovenda, Luiz Guilherme Marinoni parte da ideia de jurisdição para identificar o elemento declaratório da sentença, na mesma linha de Ovídio Baptista, como aquele acobertado coisa julgada.¹²²

De acordo com Marinoni,

a coisa julgada nada mais é do que reflexo da ordem jurídica abstrata no caso concreto; se a regra abstrata é (ao menos em princípio, e enquanto a sociedade estiver acorde com ela) imutável, também a regra concreta assim deve ser. E considerando que na sentença o juiz concretiza a norma abstrata, fazendo a lei do caso concreto, nada mais normal que essa lei também se mostre imutável. Tem-se, então, que a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional. Portanto, para que possa haver coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito¹²³

Araken de Assis posiciona-se nesta mesma direção e leciona que todo o que respeita à coisa julgada “gira em torno da declaração.”¹²⁴

Sergio Gilberto Porto reconhece serem as demais eficácias da sentença (constitutiva, condenatória, executiva e mandamental) passíveis de modificação por, no mínimo, disposição extrajudicial das partes – com a ressalva de que se trate de direito disponível - pelo que partilha da compreensão de Ovídio Baptista de que somente o conteúdo declaratório da sentença adquire a autoridade de coisa julgada. De acordo com o Sergio Porto, ela está circunscrita à norma concreta editada pela decisão, o que é efetivado por meio da nova situação jurídica declarada, definindo-se a extensão desta como os limites objetivos da coisa julgada material.¹²⁵

Em se tratando de direitos indisponíveis, Rodolfo de Camargo Mancuso, assim como Sergio Porto, lembra que “os efeitos do julgado sobre eles ficam intangíveis e

¹²² “A ideia de jurisdição (*juris dictio*) indubitavelmente conduz à inferência de que a função jurisdicional se destina, exclusivamente, a dizer o direito diante do caso concreto. Realmente, não é difícil perceber a identificação do fim do processo, em especial o de conhecimento, com o juízo de concreção (subsunção), ou seja, com a ideia de adequação do fato específico, apresentado em juízo, a uma norma abstrata prevista no ordenamento jurídico. É neste sentido, aliás, a clássica definição de CHIOVENDA a respeito de jurisdição.” [MARININONI, ob. cit., p. 660].

¹²³ “Deixe-se claro, porém, que todas as sentenças têm mais de uma eficácia (e, portanto, podem gerar mais de um efeito), sendo sua classificação feita com base na eficácia preponderante, porém, não exclusiva. Portanto, todas as sentenças tem algo de declaratório.” [MARININONI, ob. cit., p. 666]

¹²⁴ ASSIS, Araken. *Eficácia civil da sentença penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 132.

são cabalmente impositivos”, pelo que a crítica de Barbosa Moreira à teoria de Liebman, ao menos nesta seara, não procede.¹²⁶

Por essa razão é que Hugo Nigro Mazzili, citando Liebman, afirma precisamente que “coisa julgada não é efeito da sentença, não decorre do conteúdo da decisão, não significa eficácia subjetiva ou objetiva da sentença: é apenas a *imutabilidade dos efeitos da sentença*, adquirida com o trânsito em julgado.”¹²⁷

Desta forma, vê-se, portanto, que a mais abalizada conceituação da coisa julgada é aquela que a identifica com a carga, força, conteúdo ou eficácia declaratória da sentença, independente de ser esta preponderante na decisão ou não, por meio da qual fica determinada qual, de que forma e em que medida, a norma jurídica incide no caso concreto, estabelecendo, com isso, seus limites objetivos.

3.6.2 Limites Objetivos

A fixação dos limites objetivos diz com o que, dentro da decisão judicial, fica abrangido pela coisa julgada. Como visto acima, é o conteúdo declaratório da sentença, que consiste na declaração de certeza, imperativa, de que ocorreu um fato ao qual uma norma abstrata vincula um efeito jurídico, identificando, com isso, o conteúdo da norma concreta.¹²⁸

Assim, como o artigo 468 do Código de Processo Civil dispõe que “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” e o artigo 128 do Código de Processo Civil estabelece que “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”, pode-se concluir que os limites objetivos da coisa julgada estão circunscritos aos limites da

¹²⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

¹²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 255.

¹²⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 559.

¹²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 97/98.

declaração do juiz, ou seja, à lide, isto é, aquilo que foi levado à apreciação do órgão jurisdicional pelas partes.¹²⁹

Daniel Mitidiero bem esclarece o ponto concluindo que

os limites objetivos da coisa julgada, assim como colocados, jamais poderão ir além do objeto litigioso do processo, sendo vedado seu alcance a questões que não se encontrem resolvidas e que não possuam pertinência com o mérito examinado, ou, ainda, que por si só, se constituam suficientes a suportar nova ação de direito material (assim entendido o objeto litigioso).¹³⁰

Marcelo Abelha, no mesmo sentido, resume que

somente o objeto do processo, o pedido, o mérito, o objeto litigioso, a lide que deve ser pacificada na parte dispositiva da sentença, é que será revestida pela autoridade da coisa julgada. Por isso o artigo 469 do Código de Processo Civil, determina que os motivos, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença e as questões prejudiciais ocorridas no processo não são por ela acobertadas.¹³¹

Como se percebe, então, a imperiosidade da coisa julgada recai na decisão judicial que define a lide, a qual, por seu turno, é delimitada pelo pedido e pela causa de pedir julgados pela sentença¹³². O pedido e a causa de pedir aliados à determinação das partes conformam, como dispõe o artigo 301, §2º do Código de Processo Civil, a tríade identificadora das ações e, por conseguinte, a eventual certificação de identidade entre duas demandas.

Dentro da circunscrição do objeto litigioso do processo que delimita objetivamente a coisa julgada, tem-se, ainda, que considerar como deduzidas e repelidas, a teor do artigo 474 do Código de Processo Civil, “todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

¹²⁹ “O conflito, dito também lide social, pode ser mais amplo do que o que vem a ser expresso pelas partes do processo. Pouco importa. Adstringer-se-á o Estado, através do Poder Judiciário, a resolvê-los nos estritos limites em que é ele oferecido ao seu exame. Por isso, na letra da lei ‘o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta.’” (DALL’AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 122)

¹³⁰ MITIDIEIRO, loc. cit.

¹³¹ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 2009, p. 266.

¹³² “O ordenamento brasileiro adotou a teoria da substanciação, a qual ‘exige que o autor substancie – fundamente! – a demanda através de um fato ou de um conjunto de fatos aptos a suportarem a sua pretensão (...) identificando, assim, a causa de pedir como a relação fática posta a análise como suporta da pretensão.’” (PORTO, ob. cit., p. 37)

Sérgio Gilberto Porto, ao referir-se ao ponto, o faz nos seguintes termos:

o dispositivo em exame tem por finalidade ampliar o alcance dos limites objetivos da coisa julgada considerando-se assim, para tal propósito, decidida matéria não expressada por qualquer das partes e não debatida na sentença, mas tida por pertinente à lide posta à apreciação.¹³³

Desta forma, tem-se que, não sem divergência doutrinária¹³⁴, a eficácia preclusiva da coisa julgada tem alcance unicamente às alegações que poderiam ter sido suscitadas e não foram, o deduzido e o dedutível, desde que relativas à causa de pedir da demanda, não se estendendo às alegações que com ela não se relacionem.

3.6.3 Limites Temporais:

A eficácia temporal ou limite temporal da coisa julgada busca precisar os limites futuros da força vinculante do conteúdo declaratório das decisões judiciais ou dos seus efeitos, frente a natureza dinâmica dos fatos e do direito.

Sergio Porto explica o tema a partir da circunstância de que a decisão jurisdicional adquire – ordinariamente – a força de caso julgado em razão de fatos passados [aqueles alegados ou que deveriam ter sido alegados] e não em torno de fatos futuros, tendo em vista a teoria da substanciação adotada pelo nosso ordenamento.¹³⁵

Mais simplificada, a coisa julgada espelha a situação de fato e de direito [norma concreta] existente em determinado momento, quando proferida a decisão. Desaparecendo este pressuposto fático-jurídico, desaparece também o estado de coisa julgada.

¹³³ PORTO, *op. cit.*, p. 83.

¹³⁴ A doutrina diverge sobre a extensão do efeito preclusivo para além das alegações que tem relação com a causa de pedir e o pedido da demanda. Ovídio Baptista e Araken de Assis entendem que são alcançadas pela coisa julgada todas as questões que poderiam influir no julgamento final da demanda, independente de sua vinculação com a causa de pedir.

¹³⁵ PORTO, *op. cit.*, p. 85.

Trata-se, segundo Marinoni, “de aplicação evidente da velha máxima *rebus sic stantibus*. (...) A força da proibição de não exame de algo que já foi examinado vincula-se à manutenção do estado fático-jurídico existente ao seu tempo.”¹³⁶

Assim, como a imutabilidade da coisa julgada protege a declaração judicial apenas enquanto as circunstâncias de fato e de direito da causa permanecem as mesmas [limites objetivos], inseridas que estão na causa de pedir da ação, quando tais circunstâncias forem alteradas de sorte a conformarem uma nova causa de pedir, surgirá uma nova demanda, totalmente diferente da demanda anterior, e, por esta razão, não preocupada com a coisa julgada imposta sobre a primeira decisão.

Como o Direito é um elemento temporal por definição, já que cultural e histórico¹³⁷, a superveniência de nova legislação ou fatos, capaz de qualificar diversamente a causa de pedir anteriormente suscitada, constitui evidente inserção de dado novo no sistema jurídico e a conformação de uma nova ação.

Para Marinoni é isto que o Código de Processo Civil, no artigo 471, pretende retratar, ao dispor que

nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei.¹³⁸

Sérgio Porto deixa mais clara a limitação temporal da coisa julgada a partir de outro elemento referido no artigo supracitado: a perenidade de determinadas relações jurídicas.¹³⁹

Segundo o Autor, algumas relações jurídicas, muito embora normatizadas por uma decisão judicial, estão sujeitas a variação dos fatos no tempo, ou seja, a

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Nova circunstância de direito e diferença entre causas de pedir e pedidos como elementos descaracterizadores da litispendência e da coisa julgada. In *Soluções Práticas*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 453.

¹³⁷ Ver a propósito: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹³⁸ MARINONI, loc. cit.

¹³⁹ PORTO, *op. cit.*, p. 111.

autoridade da coisa julgada não é capaz de imunizar determinadas relações jurídicas contra fatos futuros, embora vinculados a mesma relação jurídica anteriormente jurisdicionada.¹⁴⁰

Teori Albino Zavascki conceitua o tema como a investigação em face da natureza dinâmica dos fatos e do direito, dos limites futuros da força vinculante da declaração de certeza emergente dos julgados, quando – baseado em um fato jurídico ou uma situação jurídica de direito com caráter permanente – o fenômeno de incidência não é instantâneo, não se esgotando imediatamente os efeitos da norma jurídica concreta dele eventualmente nascida.¹⁴¹

É o fato de o fenômeno de incidência nem sempre ser instantâneo que rende ensejo ao estudo da eficácia temporal da sentença. Isso porque os efeitos da norma jurídica concreta decorrente da declaração de certeza contida na sentença nem sempre se esgotam imediatamente. “Não raro eles têm aptidão para se projetar para o futuro, para além, inclusive, do momento da sentença que os apreciou.”¹⁴²

Apesar de extensa, merece integral transcrição a lição de Teori Zavascki, sobre a matéria:

A sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza. Se ela afirmou que uma relação jurídica existe ou que te certo conteúdo, é porque supôs a existência de determinado comando normativo (norma jurídica) e de determinada situação de fato (suporte fático de incidência); se afirmou que determinada relação jurídica não existe, supôs a existência, ou do comando normativo, ou da situação de fato afirmada pelo interessado. A mudança de qualquer destes elementos compromete o silogismo original da sentença, porque estará alterado o silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado: a relação jurídica que antes existia deixou de existir e vice-versa. Daí afirmar-se que a força do comando sentencial tem uma condição implícita, a da cláusula *rebus sic stantibus*, a significar que ela atua enquanto se mantiverem integras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou os dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes que até então mantinha.¹⁴³

¹⁴⁰ PORTO, *op. cit.*, p. 112.

¹⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 99.

¹⁴² ZAVASCKI, *loc. cit.*

¹⁴³ ZAVASCKI, *op. cit.*, p.106.

Poder-se-ia afirmar, a partir dos conceitos já analisados, que a sentença tem eficácia prospectiva [futura] enquanto norma concreta de relações jurídicas permanentes, em contraponto com a eficácia retroativa que alcança as sentenças que normatizam as relações jurídicas instantâneas.¹⁴⁴

Desta forma, as relações jurídicas permanentes conformariam sempre, em termos de Direito Intertemporal, situação jurídica pendente [fato pendente] regulada por uma sentença proferida com base na lei velha, com eficácia prospectiva, em cujos fatos a nova norma tem incidência imediata. Disso decorre que a sentença que regula relações jurídicas permanentes, tem sua eficácia vinculante cessada com o advento da alteração da situação de fato ou de direito anteriormente por ela normatizada, podendo operar tal cessação automaticamente ou se dar por meio da provocação do jurisdicionado a revisão da sentença anteriormente proferida.¹⁴⁵

Pode-se afirmar, desta feita, que no caso de alteração do estado do direito, que a lei há de respeitar os efeitos jurídicos validamente constituídos antes da sua entrada em vigor, mas não significa que a coisa julgada possa estender seus efeitos a período posterior, regulado por outra regulação fato-norma, “sob pena de conferir à coisa julgada o efeito de impedir a edição de uma lei nova, modificadora de relação jurídica eminentemente continuativa”, consoante alerta Hugo Nigro Mazzili.¹⁴⁶

Teori Zavascki dando trato ao tema, afirma que a alteração do *status quo*, independente de ser no estado do fato ou do direito tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos, pelo que o interessado poderia invocá-lo como matéria de defesa inclusive pela via de embargos à execução.¹⁴⁷

Em outros casos, todavia, a cessação da eficácia vinculante da sentença em virtude da alteração do quadro fático jurídico declarado pela sentença não é automática, devendo haver iniciativa do interessado para que uma nova decisão

¹⁴⁴ ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 84 e PORTO, *op. cit.*, p. 80/82.

¹⁴⁵ ZAVASCKI, *loc. cit.*

¹⁴⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 576.

¹⁴⁷ ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 107.

judicial seja proferida. São os casos determinados pela lei, conforme inciso II do artigo 471, do Código de Processo Civil, o qual remete para outros diplomas legais, dentre os quais o artigo 68 da Lei nº 8.245/91, o artigo 86, § 1º da Lei nº 8.213/91 alterada pela Lei nº 9.032/95 e Lei nº 9.313/96.

É justamente em razão dessa projeção para o futuro e do reconhecimento de que todas as sentenças, mas, principalmente, as sentenças que normatizam relações jurídicas permanentes, são gravadas com a cláusula *rebus sic stantibus*, que o artigo 471 do Código de Processo Civil dispõe que poderá ser revista a decisão que normatizou questão oriunda de relação jurídica permanente, sobrevindo modificação no estado de fato ou do direito.

E com base neste entendimento é o exemplo concreto ofertado por de Hugo Nigro Mazzili:

Em caso de relação jurídica continuativa, sobrevindo alteração que o justifique, a revisão da sentença será feita por meio de ação de revisão ou de modificação, proposta em juízo de primeiro grau, e não por meio de ação rescisória.

Suponhamos que uma ação civil pública receba julgamento definitivo de procedência, para, nos termos da lei vigente, condenar uma empresa a colocar determinado filtro em sua chaminé. Pode ocorrer que, antes ou até mesmo depois do cumprimento da sentença, a lei seja alterada, quer para tornar mais rigorosa, quer para atenuar a exigência de colocação do referido filtro. Terá havido mudança no estado de fato ou de direito, a permitir a revisão do *decisum*.¹⁴⁸

¹⁴⁸ MAZZILLI, loc. cit.

4 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

4.1 NOÇÕES GERAIS

A previsão do termo de ajustamento de conduta no ordenamento jurídico brasileiro se deve, principalmente, a necessidade de aprimoramento da tutela civil dos direitos transindividuais, em um momento de redemocratização das instituições do país advinda do contexto cultural que gerou a Constituição de 1988.¹⁴⁹

Ao sintetizar este momento, Silvia Cappelli resume a década de 80 como “marcada pela reabertura democrática na América Latina após os anos de ditadura militar. Esse período se caracterizou pela introdução de leis e instrumentos de facilitação do acesso à Justiça, destacando-se o início da incorporação do processo coletivo e da tutela de interesses supraindividuais, como os dos consumidores e do meio ambiente. Leis de juizados especiais, dispensando a presença de advogado para causas de pequeno valor e incentivos aos acordos judiciais se notabilizaram neste período, ao mesmo tempo em que o Judiciário se via à frente de novas questões impulsionadas pelas ações coletivas, fruto da onda democrática então recente.”¹⁵⁰

Neste contexto, o aperfeiçoamento da tutela dos direitos transindividuais se deu, primeira e efetivamente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor [Lei nº 8.078/1990] e as alterações por ele promovidas na Lei da Ação Civil Pública [Lei nº 7.347/1985], as quais importaram em duas relevantes inovações: a possibilidade de tutela extrajudicial dos direitos transindividuais por meio do termo de ajustamento de conduta e a natureza de título executivo extrajudicial a ele conferida.

Dentre tais alterações, o artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor acresceu ao artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública o § 6º, com a seguinte redação: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de

¹⁴⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 85/89.

¹⁵⁰ CAPPELLI, SILVIA. Desformalização, desjudicialização e autorregulação: tendências no direito ambiental? *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol.63, p.69.

ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial."

Alguns poucos meses antes da sua entrada no ordenamento jurídico brasileiro nos termos acima transcritos, entretanto, foi o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, no artigo 211, que inovou em nosso ordenamento, “ao admitir expressamente que os órgãos públicos legitimados tomassem compromisso do causador do dano para que ajustassem sua conduta às exigências legais, conferindo aos respectivos termos a qualidade de título executivo extrajudicial.”¹⁵¹

Pode-se afirmar, ainda, que contribuiu, sensivelmente, para dar feição de título extrajudicial ao termo de ajustamento de conduta o artigo 55 da Lei do Juizado de Pequenas Causas [Lei nº 7.244/1998], o qual dispunha sobre a validade como título executivo judicial do acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão do Ministério Público. A mesma disposição foi mantida na Lei nº 9.099/1995, que revogou a Lei nº 7.244/1998 e instituiu o Juizado Especial Cível.

Por sua vez, a possibilidade da celebração do termo de ajustamento de conduta pelos órgãos públicos colhe inspiração na “prática administrativa do Estado contemporâneo de se adotar, em determinadas situações, decisões que importem, em certa medida, negociação sobre a forma de cumprimento das normas legais ligadas a interesses da comunidade.”¹⁵² Exemplo de autorização para esta atuação da Administração advém do artigo 4º da Lei nº 6.938/1981, cujo texto, desde muito antes do advento da Constituição de 1988, já dispunha sobre a viabilidade de “celebração de acordos visando a transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental.”

¹⁵¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 399. O Autor esmiúça o imbróglio criado pelo Presidente da República da época, que mesmo depois de ter sancionado o artigo 211 do ECA, vetou o §3º do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que dispunha sobre o termo de ajustamento de conduta para a defesa coletiva do consumidor. O veto entendeu “juridicamente imprópria a equiparação de compromisso administrativo a título executivo extrajudicial”. Esqueceu-se, todavia, o Presidente, de vetar também o art. 113 do CDC, pelo que o termo de ajustamento de conduta passou a integrar nosso ordenamento jurídico também para a defesa de qualquer direito coletivo *lato sensu*, seja ele difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo.

¹⁵² RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pg. 87.

A partir destes cenários, somados a possibilidade de solução negociada judicialmente dos direitos coletivos e difusos, bem como a atuação extrajudicial do Ministério Público por meio do inquérito civil, hipóteses previstas na Lei da Ação Civil Pública, foi possível idealizar e prever, como alternativa para a defesa dos direitos difusos, a tomada, pelos órgãos públicos legitimados para a ação civil pública¹⁵³, de compromisso de ajustamento de conduta, como forma de compatibilizar a possibilidade de acordo e a indisponibilidade imanente dos direitos transindividuais.¹⁵⁴

Em vista disso, a previsão legal sobre o termo de ajustamento de conduta após a Lei nº 7.347/1985, se consagrou em outros textos normativos posteriores que trataram de matérias específicas atinentes à tutela de interesses transindividuais, tais como a Lei nº 8.884/1994, que cuidou da proteção à ordem econômica e à concorrência, e a Lei nº 9.605/1998, que cuidou da proteção ao meio ambiente, com ênfase aos aspectos administrativos e penais¹⁵⁵.

4.2 NATUREZA JURÍDICA

O Termo de Ajustamento de Conduta é um instrumento de resolução de conflitos, com eficácia de título executivo, por meio do qual os órgãos públicos legitimados ajustam à lei as condutas que violam ou que tenham a potencialidade de violar direito transindividual, sem possibilidade de renúncia ou qualquer concessão em relação ao direito material objeto do ajustamento, porém com flexibilidade e possibilidade de negociação quanto ao modo de cumprimento das obrigações tomadas.

¹⁵³ Podem tomar o compromisso o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, enquanto órgãos públicos legitimados para a ação civil pública. Hugo Nigro Mazzili entende que não há óbice quando se tratar de órgãos da administração indireta. Entretanto, o mesmo não se dá com empresas de economia mista ou empresas públicas, quando ajam em condições de empresas de mercado (Compromisso de Ajustamento de Conduta. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 41, 2006, p. 93).

¹⁵⁴ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁵ CAMBI, EDUARDO. Compromisso de Ajustamento de Conduta um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. 908, p. 113.

A doutrina muito controverte sobre a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta, não havendo consenso que supere tal divisão - advinda do anseio de afastar do instituto qualquer característica de natureza privada - em três posições distintas: transação, ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico administrativo.

Para grande parte da doutrina, dentre eles Édis Milaré, o compromisso de ajustamento de conduta “trata-se de um mecanismo de solução pacífica de conflitos, com natureza jurídica de transação, consistente no estabelecimento de certas regras de conduta a serem observadas pelo interessado, incluindo a adoção de medidas destinadas à salvaguarda do interesse difuso atingido.”¹⁵⁶ A possibilidade de concessão residiria somente no tocante à forma de cumprimento das obrigações, pois os órgãos públicos não poderiam abrir mão do bem difuso tutelado.

Segundo Milaré, o Compromisso de Ajustamento de Conduta, a um só tempo, “assegura à coletividade a recuperação integral do dano, e, ao interessado, condições que lhe permitam cumprir as obrigações dentro da sua possibilidade.”¹⁵⁷

Dentre os adeptos desta posição há consenso de que se trataria de transação atípica ou limitada, haja vista a indisponibilidade imanente dos direitos difusos, sem perder, no entanto, a eficácia típica da transação, que é a de encerrar e prevenir litígios.

Para José dos Santos Carvalho Filho a natureza jurídica do instituto é de ato jurídico unilateral quanto à manifestação de vontade, pela qual “a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais.” Ao tempo que critica a forte tendência atual de “bilateralizar” e “contratualizar” o compromisso de ajustamento de conduta para

¹⁵⁶ MILARÉ, ÉDIS. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol.4, p. 381

¹⁵⁷ MILARÉ, *op. cit.*, p. 383.

assemelhá-lo a transação, reconhece o Autor, todavia, que se trata de ato jurídico bilateral quanto à formalização, porque nele intervém o órgão público legitimado.¹⁵⁸

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro também afasta a natureza jurídica de transação, em decorrência de ela pressupor concessões mútuas, para reconhecer o compromisso de ajustamento como ato jurídico de

reconhecimento de uma obrigação legal a cumprir, de um dever jurídico. (...) O ajustamento de conduta, como a sua própria expressão gramatical revela, pressupõe, necessariamente, que terceiro não esteja cumprindo as exigências legais relativas à sua própria conduta (*lato sensu*) e, portanto, se comprometa a fazê-lo dentro de determinado prazo, sob pena de incidência de uma cominação.¹⁵⁹

Hugo Nigro Mazzilli, da mesma forma, nega a feição transacional do instituto, em virtude de os órgãos públicos autorizados a tomá-lo não poderem fazer concessões quanto ao conteúdo material do ajustamento. Entende, no entanto, que o compromisso de ajustamento é um ato administrativo negocial, ou negócio jurídico de direito público, por meio do qual só o causador do dano se compromete e cuja declaração de vontade do poder público é em sentido coincidente ao do causador ou potencial causador do dano, o qual concorda em adequar seu comportamento às exigências legais.¹⁶⁰

Antes que se argumente que o órgão público tomador do compromisso se compromete a não propor ação civil pública para requerer o que já consta no termo de ajustamento, o referido Autor se antecipa e afirma que isso não seria verdadeira concessão, tendo em vista que, caso o órgão público propusesse a ação, ela seria extinta sem julgamento de mérito, por carência de ação por falta de interesse de agir,

¹⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública – Comentários por Artigo*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 222.

¹⁵⁹ CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta p a ação civil pública. Tese apresentada a publicada nos anais do 9º Congresso Nacional do Ministério. Bahia. 1992. In: Livro de Estudos Jurídicos nº 6 do Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 234/240 *apud* RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 124, rodapé 128.

¹⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: análise à luz do anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 232/235.

dado a existência de um título executivo extrajudicial com o mesmo conteúdo do pedido deduzido na ação.¹⁶¹

Interessante posição advém de Hindenburgo Chateaubriand Filho, que reconhece no compromisso de ajustamento de conduta todas as características de um negócio jurídico, pois “estende à esfera de poder das partes interessadas a eliminação da incerteza relativa à situação jurídica preexistente, permitindo a prevenção ou término do conflito, no que se aproximaria do esquema legal ditado para a transação”.¹⁶²

Contudo, como a adequação da conduta se dá às exigências da lei, não há modificação da situação jurídica preexistente, tal como ocorre com a transação, “em que a incerteza subjetiva das partes é posta de lado e uma nova regulação de seus interesses surge, baseada na aceitação de concessões mútuas.” Segundo Chateaubriand, esta seria, ao lado do reconhecimento do pedido e da desistência, as tradicionais formas negociadas de eliminação de incertezas decorrentes de relações jurídicas.

Explica o referido Autor, que tais incertezas podem ser eliminadas, no entanto, também por uma gama de negócios jurídicos com eficácia meramente declaratória, os quais foram difundidos pela doutrina italiana como negócios de acertamento. Diferentemente da transação, todavia, os negócios de acertamento incorporariam apenas o afastamento através da determinação do alcance concreto da norma na situação jurídica preexistente, sem gerar sobre essa nenhum efeito modificativo.¹⁶³

Geissa de Assis Rodrigues, da mesma forma, rechaça a possibilidade de ver-se o compromisso de ajustamento de conduta como transação, e para tanto afirma que o malabarismo interpretativo necessário para compatibilizar a indisponibilidade dos direitos transindividuais e sua extrapatrimonialidade com os requisitos da transação termina por descaracterizar tal instituto, tendo em vista que transação enceta,

¹⁶¹ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 408.

¹⁶² CHATEAUBRINAD FILHO, HINDEBURGO. Compromisso de Ajustamento de Conduta. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 781, p. 733.

necessariamente, um negócio jurídico bilateral que envolve uma determinada disposição. Como o órgão público que toma o ajuste não pode em nada ceder quanto ao conteúdo do direito material, a Autora entende que a possibilidade de flexibilização das condições de cumprimento da obrigação (prazo, modo e lugar), não residiria na esfera da transação, mas sim da negociação.¹⁶⁴

Pra a Autora também não se trata de um ato jurídico em sentido estrito, cujos efeitos se produzem mesmo que não tenham sido previstos ou queridos pelos seus autores. De maneira diversa se dá com o compromisso, no qual “a declaração de vontade, ínsita ao ajustamento de conduta, tornará específica a forma de incidência da norma no caso concreto”, conquanto o campo de incidência, a eficácia executiva e os efeitos mais importantes do ajuste estejam previstos na lei.¹⁶⁵

Vislumbrando a necessidade de inequívoca vontade do obrigado e do órgão público, sem o que não há a tomada do compromisso, em explicitar um consenso, em muitos casos ligados a forma de agir, para obter-se um fim comum, qual seja, a proteção do direito transindividual, que não resulta na criação de uma situação individual, posto que a celebração do compromisso só pode ocorrer se efetivamente houver a previsão normativa objetivamente considerada, a Autora vê o compromisso de ajustamento de conduta com um acordo em sentido estrito, que seria um negócio jurídico bilateral não contratual.¹⁶⁶

Não é contratual porque a ideia de contrato está intimamente atrelada a operação econômica¹⁶⁷ e os direitos objeto do ajustamento de conduta são direitos transindividuais, de caráter não pecuniário. A Autora afirma que mesmo quando há o ressarcimento do dano, não é o objetivo do ajuste ensejar uma operação econômica ou a circulação de riquezas, mas sim exigir a reparação de um dano extrapatrimonial. O mesmo raciocínio valeria, portanto, para a reparação de um dano moral.¹⁶⁸

¹⁶⁴ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 128/130.

¹⁶⁵ RODRIGUES, *op. cit.*, p.131.

¹⁶⁶ RODRIGUES, *op. cit.*, p.125.

¹⁶⁷ ROPPO, ENZO. O Contrato. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

¹⁶⁸ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 128/129.

Uma vez que a possibilidade de órgãos públicos celebrarem um compromisso com aqueles que transgrediram ou estejam na iminência de transgredir um direito transindividual só poderia ocorrer se efetivamente houvesse a previsão normativa, vedada qualquer tipo de concessão tratando-se de direito indisponível, considerando a natureza transindividual do direito, bem como a legitimação extraordinária¹⁶⁹ dos órgãos públicos, estes limites confeririam carga exclusivamente declaratória ao ajuste, não havendo a criação de novas obrigações, nem a extinção ou modificação de direitos garantidos na norma.¹⁷⁰

Trata-se, portanto, de um negócio jurídico declaratório.¹⁷¹

Assim, afirma a Autora que

A força executiva do ajustamento de conduta não contradiz a sua natureza declaratória. Apenas não há, como em regra geral, criação de uma norma de conduta, conforme evidenciado por Salvatore Satta, mas sim a fixação de uma norma de conduta já antes delineada na norma jurídica.¹⁷²

¹⁶⁹ “Legitimação ordinária é aquele em que os titulares ativos agem como substitutos processuais, em nome próprio, porém em defesa de interesse de uma coletividade indeterminada de lesados.” (SHIMURA, Sérgio. Título Executivo. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 377).

¹⁷⁰ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷¹ Afirma Geisa Rodrigues que a “A doutrina brasileira decida poucas linhas ao negócio declaratório, e o faz quando estudo a classificação pelo critério dos efeitos dos negócios jurídicos. Os negócios declaratórios se contrapõem aos negócios jurídicos dispositivos, ou, numa acepção mais estrita, ao negócios constitutivos. Assim, para Orlando Gomes os negócios se dividem quanto aos efeitos, em: a) negócios de disposição; e b) negócios declaratórios, sendo que estes últimos têm “nos de fixação a principal categoria.” (RODRIGUES, *op. cit.*, p.136).

¹⁷² RODRIGUES, *op. cit.*, p. 137.

5 A RELAÇÃO JURÍDICA AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988 no artigo 225 não só plasmou no plano constitucional o direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado como, também, estabeleceu os parâmetros para a sua adequada realização.

A valoração dogmática do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é assente na doutrina, que ora o considera como direito da personalidade, ora como direito a uma garantia constitucional, ora como direito princípio ou direito subjetivo.¹⁷³

Contudo, independente da valoração dogmática que se adote, a questão que releva é a de que a concessão de *status* de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado torna sua aplicação imediata, “em sentido preceptivo e não apenas programático; vale por si mesmo, sem dependência da lei. A ulterior regulamentação ou desenvolvimento pelo legislador ordinário ajudará somente a densificar a sua exequibilidade.”¹⁷⁴

Disso decorre que, de acordo com Antônio Hermann Benjamin, a validade ou eficácia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado independe da manifestação de vontade dos lesados, haja vista que, como direito fundamental, transita no tempo sem pertencer, exclusivamente, ao passado, presente ou futuro, sendo verdadeiramente um direito permanente, atemporal. Assim:

A fundamentalização de direitos dessa natureza – conectados a beneficiários fragmentários (a difusidade dos sujeitos titulares atuais), futuros (as gerações futuras), ou destituídos de voz ou estatura processual próprio (os seres vivos e os processos ecológicos essenciais) – traz consigo a presunção absoluta de que a sua existência ou afirmação independe da permanente e imediata revolta das vítimas contra as violações eventualmente praticadas. A falta de zelo dos beneficiários na sua fiscalização e defesa não afeta sua validade e eficácia, pois são verdadeiramente direitos atemporais, vacinados contra os efeitos jurídicos decorrentes, como regra, da inação das vítimas.¹⁷⁵

¹⁷³ Ver a propósito: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 97.

¹⁷⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. In CANOTILHO, *op. cit.*, p. 99.

¹⁷⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. In CANOTILHO, *op. cit.*, p. 104.

Reforça a ideia de atemporalidade o compromisso constitucional intergeracional de preservação do bem ambiental, o qual, por sua vez, também adensa a sua titularidade difusa e dá corpo ao princípio da equidade ou da solidariedade intergeracional.

Neste contexto e sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho, ao analisar o Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia, alude ao conceito de *responsabilidade de longa duração*, o qual se insere, exatamente, na ideia de proteção ecológico-ambiental dirigida à posteridade. Segundo ele

A responsabilidade de longa duração convoca, (...), quatro princípios básicos intrinsecamente relacionados: o princípio do desenvolvimento sustentável (art.66º-2), o princípio do aproveitamento racional dos recursos (art.66º-2/b), o princípio da salvaguarda da capacidade de renovação e estabilidade ecológica destes recursos (art.6º-2/d) e o princípio da solidariedade entre gerações (art.6º-2/d).¹⁷⁶

Percebe-se, com isso, que também a tutela constitucional do ordenamento brasileiro se volta a uma relação jurídica duradoura que vincula “o povo” e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, o bem ambiental e todos, os de hoje [= gerações presentes] e os de amanhã [gerações futuras].¹⁷⁷

Neste ponto, Celso Antônio Pacheco Fiorillo explica que da análise do artigo 225 da Constituição Federal é possível verificar quatro aspectos fundamentais, dentre eles a relação jurídica ambiental estabelecida entre gerações presentes e futuras e o bem ambiental:

- 1-)a existência do direito material constitucional caracterizado como ‘direito ao meio ambiente’, meio ambiente este ‘ecologicamente equilibrado’;
- 2-)a confirmação no plano constitucional de que referido direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à exigência de uma relação jurídica que envolve um bem estabelecido pela Carta Magna de 1988 (o bem ambiental);
- 3-)em decorrência da relevância do bem ambiental, a Constituição Federal estabeleceu de forma impositiva tanto ao Poder Público como à coletividade não só o dever de defender os bens ambientais como também de preservá-los;

¹⁷⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. In CANOTILHO, *op. cit.*, p. 124.

4-)a defesa assim como a preservação por parte do Poder Público e da coletividade antes referida tem por objetivo assegurar o uso do bem ambiental não só para as presentes, mas também para as futuras gerações.¹⁷⁸

O Autor ressalta, todavia, que a relação jurídica ambiental não se trata de uma relação relacionada com a tradicional definição histórico-cultural/jurídica de propriedade, tendo em vista que não expressa a vinculação exclusiva de um bem a um indivíduo, como ocorre, por exemplo, na relação de propriedade.¹⁷⁹

Trata-se, contudo, de uma vinculação difusa, “de todos”, imediata e prospectiva ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que confere a esta relação um caráter efetivamente atemporal e permanente.

Relação jurídica continuada, permanente ou duradoura, é aquela “que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo”, o qual “acarreta uma espécie de incidência contínua e ininterrupta da norma, gerando a obrigação, também continuada”¹⁸⁰ e, por isso, com efeito prospectivo.

Não é somente a titularidade difusa e transgeracional que confere ao bem ambiental esse caráter atemporal. Suas características típicas como a indivisibilidade, a ubiquidade, a instabilidade e a perenidade, de acordo com o quanto esmiuçado por Marcelo Abelha¹⁸¹, também confirmam o caráter permanente dessa relação.

A indivisibilidade está diretamente ligada com a concepção jurídica de bem inapropriável e inexclusivo, tanto em razão do seu regime jurídico de fruição comum determinado pela Constituição Federal, quanto em razão do fato de não ser possível

¹⁷⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental*. Disponível em: <http://www.fesmp.com.br/upload/arquivos/733073492.pdf> Acesso em 20/08/2013

¹⁷⁹ *Idem*. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 76.

¹⁸⁰ ZAVASKI, *op. cit.*, p. 104. Moacyr Amaral dos Santos, com respaldo em Pontes de Miranda ensina que são relações jurídicas continuadas “as regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualitativos.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976)

¹⁸¹ Ver a propósito: ABELHA, Marcelo. *Processo Civil Ambiental*. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

repartir o bem ambiental, sem que isso represente uma alteração das suas propriedades ecológicas.¹⁸²

Além de indivisível, o bem ambiental é ubíquo e instável. A ubiquidade indica a ausência de limite espacial ou territorial do bem ambiental e ressalta a sua onipresença.¹⁸³

A instabilidade, por sua vez, caracteriza a sensibilidade que afeta o equilíbrio ecológico, fazendo com que qualquer variação de tempo, espaço ou mesmo fatores ambientais outros possam causar desequilíbrio. Agrava esta característica o desconhecimento do homem acerca de todas as funções e potencialidades do meio ambiente, impedindo que o bem ambiental seja inteiramente cognoscível.¹⁸⁴

Finalmente, o fato de nunca cessar a importância da manutenção do bem ambiental para a proteção de todas as formas de vida aponta, também, para a sua perenidade.

Essa relação jurídica que se trava entre “todos” e o bem ambiental a partir do dever geral de defesa e preservação do meio ambiente para garantia do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, se apresenta, ainda na Constituição Federal, de modo compartimentado em deveres específicos, direcionados ao Poder Público, e determinados pelos sete incisos do §1º do artigo 225.

Dentre eles destaca-se, ao que interessa ao presente trabalho, o inciso III, o qual erige como dever do Poder Público, a definição, por meio de lei, de espaços territoriais especialmente protegidos, os quais podem se tornar realidade pela desapropriação ou limitação administrativa.

Uma das tantas facetas da concreção desta incumbência do Poder Público para o cumprimento do garantia constitucional fundamental de defesa e preservação ambiental, acrescida da necessidade de a propriedade cumprir com sua função

¹⁸² ABELHA, loc. cit.

¹⁸³ ABELHA, loc. cit.

¹⁸⁴ ABELHA, loc. cit.

socioambiental, se deu com a edição da Lei nº 12.651, de 25/05/2012, o Novo Código Florestal, estabelecendo, assim, uma relação jurídica permanente a partir da imposição de limitação de natureza ambiental ao regime jurídico da propriedade.

6 CONCLUSÃO

Grande parte das alterações trazidas pelo novo Código Florestal representa significativa diminuição na proteção ambiental conferida pelo Código anterior, o que já está suscitando acirradas controvérsias acerca da aplicação da lei nova no tempo, tendo em vista os termos de ajustamento de conduta e as sentenças proferidas sob a égide da lei antiga, de feição mais protetiva ao meio ambiente.

A proteção ambiental conferida pelo Código Florestal às Florestas e outros elementos que compõe a cobertura vegetal do Brasil é uma das facetas da concretude do comando constitucional do inciso III, §1º do artigo 225 da Constituição Federal, o qual enceta o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de cuja defesa está incumbida tanto a coletividade quanto o Poder Público, de modo a assegurá-lo não só para as presentes, mas também para as futuras gerações.

A titularidade difusa e intergeracional, aliada as características particulares do bem ambiental, como a indivisibilidade, a ubiquidade, a instabilidade e a perenidade conferem a relação jurídica de natureza ambiental o caráter permanente e atemporal.

A principal regra em matéria de direito intertemporal no ordenamento jurídico brasileiro é dada pela Constituição Federal e pela Lei de Introdução ao Código Civil, as quais dispõem que a lei terá efeito imediato sem prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O efeito imediato da lei alcança tanto os fatos ou situações presentes, como os fatos ou situações pendentes, que são aqueles nascidos no passado, mas que por sua natureza continuativa ou permanente, prosseguem em trânsito até serem alcançados pela vinda da lei nova.

A natureza difusa e o caráter permanente da relação jurídica ambiental atraem a incidência imediata da lei, como efeitos prospectivos até que uma nova lei os venha obstar, e afastam a concretização de direito adquirido, haja vista a falta do elemento volitivo para a aquisição do direito e a impossibilidade dele integrar o patrimônio e

trazer benefícios de ordem privada e particular a sujeitos que sequer se pode determinar.

A natureza jurídica permanente da relação jurídica ambiental também afasta a caracterização de ato jurídico perfeito aos termos de ajustamento de conduta celebrados sobre a égide do Código Florestal anterior e abre caminho para a incidência imediata da nova lei também nestes casos, respeitando, por evidente, o império da lei anterior sobre os fatos passados.

Corroborando a conclusão acima a natureza declaratória dos termos de ajustamento de conduta, cuja adstrição ao imposto na lei dado o caráter indisponível do direito objeto do ajuste, além de sua natureza difusa, conforma nada mais do que a declaração do ajustamento da conduta do infrator a conduta já delineada na norma jurídica, não havendo, na realidade, a criação de uma nova norma de conduta.

A incidência imediata da lei nova nas relações jurídicas ambientais reguladas por termos de ajustamento de conduta assinados sob a égide do Código anterior é confirmada, ainda, pelo fato de esta incidência imediata também se dar sobre as relações jurídicas permanentes reguladas por sentenças transitadas em julgado, cujos efeitos vinculativos da decisão entre as partes operado pela força da coisa julgada, são obstados com o advento de alteração na situação do fato ou do direito anteriormente normatizado pela sentença, conforme autoriza o artigo 471 do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

_____. *Processo Civil Ambiental*. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito Adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARAGÃO, Ega Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aidê, 1992.

ASSIS, Araken. *Eficácia civil da sentença penal*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A constituição e o conflito de normas no tempo: direito constitucional intertemporal. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ANTUNES, Paulo de BESSA. *Direito Ambiental*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAMBI, EDUARDO. Compromisso de Ajustamento de Conduta um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. 908.

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

CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPPELLI, SILVIA. Desformalização, desjudicialização e autorregulação: tendências no direito ambiental? *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol.63.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública – Comentários por Artigo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

CHATEAUBRINAD FILHO, HINDEBURGO. Compromisso de Ajustamento de Conduta. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 781.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CONSANI, Ana Cláudia do Rego. *Os direitos adquiridos na constituição federal de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23042010-143740/>>. Acesso em: 30 mai 2013.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Proteção Jurídica do Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Relativizar a Coisa Julgada Material. In *Revista de Processo*, nº 109, p. 11.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim de. In MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *O Novo Código Florestal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental*. Disponível em: <http://www.fesmp.com.br/upload/arquivos/733073492.pdf>
Acesso em: 20 ago 2013

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito Intertemporal Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

GRAU NETO, Werner. Do resgate do passivo ambiental a necessidade de revisão do instituto. In: Werneck, Mário; Campos Silva, Bruno; Mourão, Henrique A.; Ferreira de Moraes, Marcus Vinícius; Oliveira, Walter Soares (coord.). *Direito Ambiental visto por nós Advogados*. Minas Gerais: Del Rey, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEVADA, Felipe Antônio Marchi. *Direito Intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Nova circunstância de direito e diferença entre causas de pedir e pedidos como elementos descaracterizadores da litispendência e da coisa julgada. In *Soluções Práticas*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freiras Bastos, 1946.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Compromisso de Ajustamento de Conduta. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 41, 2006, p. 93.

_____. *O inquérito civil — investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o direito administrativo. *Interesse Público*, São Paulo: Notadez, v.8, n.38, jul.-ago/2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Anotação do Princípio do Direito Adquirido tendo em vista a Aplicação do Novo Código Civil. *Direito Público* nº 01, Jul/Ago/Set 2003. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/501/804> Acesso em 18/08/2013.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. In *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol.4.

_____; MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Novo Código Florestal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa Julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In *Genesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, nº 29, 2003.

MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. 6.

NORONHA, Fernando. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v.94, n.837, jul./2005.

_____. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para a solução dos problemas de direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 23, abr./jun. 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1.

PIRES, Maria Coeli Simões. Direito adquirido como limite à retroprojeção de emendas constitucionais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v.22, n.4, out./dez. 2004.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no ordenamento constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROPPO, ENZO. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

SANTOS, Moacir Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SHIMURA, SÉRGIO. *Título Executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

TEIXEIRA, Anderson V. O direito adquirido e o direito intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: PGE, 2005, v.29, nº 61.

TESHEINER, José Maria da Rosa. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Ação e Direito Adquirido*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Jos%C3%A9%20M%20Tesheiner%20-formatado.pdf> Acesso em 18 jul 2013.

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

TRINDADE, Gustavo; LAVRATTI, Paula. *Estudo Comparativo sobre o Código Florestal Brasileiro. Lei nº 4.771/1965 e Lei nº 12.651/2012*. Elaborado para *Climate and Land Use Alliance* – CLUA, Porto Alegre, nov. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.