

ISSN 1519-1656

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA.

Jundiaí-SP: Sociedade Padre Anchieta
il. 21cm.

Semestral
Inclui bibliografia

CDU 34(05)

EDITORIAL

Chegamos em mais um número da revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta e, na medida que o tempo avançou, pudemos aprimorar nossa experiência na publicação de um trabalho que tivesse a aparência de seus propósitos e fosse voltado para as exigências do público estudantil e profissional.

Essa constatação pode ser extraída do conjunto de temas abordados nos artigos da lavra de alunos e professores da casa, que assumem o papel de pesquisadores e estudiosos, realçando uma ótica superior àquela do dia a dia de cada um deles, engrandecendo a atividade acadêmica desta escola e valorizando a produção cultural e científica que deve nortear todas as instituições universitárias.

Assim, esta edição da revista, que concretiza os ideais da vida acadêmica no Curso de Direito da Fundação, consagra em vários textos, o sistema de trabalho conjunto entre o professor-orientador e o aluno orientado. Outros artigos, contudo, são resultados de projetos de pesquisa pessoal dos mestres, muito mais amplos que aqueles de suas cátedras, levados em linguagem simples e didática, na forma que entenderam importante trazer a público, com o intuito de maior aproveitamento dos resultados, pelo conjunto da comunidade jurídica.

Com efeito, os problemas assinalados nos escritos são aqueles que assaltam nosso cotidiano e alguns acenam para formulação de respostas seguras ou pelo menos conclusões possíveis de serem desenvolvidas. Não se distanciaram eles, contudo, da idéia de que o recurso da ciência, como instrumento de racionalização dos aspectos metajurídicos dos fatos sociais, abre perspectiva para o aprimoramento do sentido da certeza indispensável ao homem.

Nesse passo, para dar seguimento a essa prática, continuar-se-á reclamando a colaboração de todo o corpo docente e discente da entidade universitária, que deve dirigir-se ao Conselho Editorial, subsidiando-o com o material produzido na atividade criadora de todos. É certo que ainda assim, surgirão dificuldades naturais, havendo de cuidar delas a direção da Escola, cujo empenho comporta homenagens, face o desmedido esforço em prol da qualidade de nosso ensino. Mencionem-se por justiça, os indistintos agradecimentos a todos os demais colaboradores.

SULAIMAN MIGUEL NETO
Conselho Editorial

A **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA** é uma publicação semestral aberta à colaboração de estudiosos e pesquisadores das Faculdades Padre Anchieta e de outras instituições.

Os trabalhos publicados foram selecionados pelo Conselho Editorial, sendo os conceitos e opiniões neles expressos de responsabilidade exclusiva de seus autores, aos quais deve ser requerida autorização para a reprodução parcial ou total dos artigos, relatos de pesquisa etc.

Conselho Editorial

Alexandre Barros Castro

Cláudio Antônio Soares Levada

João Carlos José Martinelli

Luiz Carlos Branco

Márcio Franklin Nogueira

Secretária

Inês Celina de Oliveira Polini

Correspondência

R. Bom Jesus de Pirapora, 140, Centro, Jundiaí/SP.

CEP. 13.207-660

Fax – 4521-8444 ramal 238

Caixa Postal 240

e-mail: anchieta@anchieta.br

www.anchieta.br

Editoração

DEPARTAMENTO DE PUBLICIDADE

Escolas e Faculdades Padre Anchieta

Tiragem

1.800

Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta.
Pede-se permuta • Pide-se canje • We ask for exchange

Índice

Trust e off shore elisão ou evasão fiscal?

Alexandre Barros Castro.....7

Os conselhos de fiscalização profissional no direito brasileiro

Jean Marcel Mariano de Oliveira..... 17

“O poder, a lei, a justiça (O acesso do homem comum ao sistema jurídico.

Uma reflexão a partir do texto de Franz Kafka)

João Jampaulo Júnior.....27

Posicionando a questão da manipulação genética no contexto jurídico brasileiro e internacional

Laura Celi de Souza Silva e Rodolfo Antônio de Figueiredo.....33

Fundo de comércio, ponto comercial e clientela

(Considerações a respeito de um caso concreto)

Dalton Toffoli Tavoraro.....45

Denúnciação da lide

Existência ou não de reconhecimento implícito do pedido pelo denunciante

Mauro Alves De Araujo.....57

Responsabilidade civil por dano ecológico

Sulaiman Miguel Neto.....63

A tutela do meio ambiente - Interdição da atividade por autoridade policial

Luiz Carlos Branco.....73

Normas para apresentação de originais.....86

TRUST E OFF SHORE: ELISÃO OU EVASÃO FISCAL?

Alexandre Barros Castro*

O presente estudo é dedicado ao Prof. Dr. Roque Antonio Carrazza, espelho de retidão e caráter, incessante motivador do meu estudo tributário e amigo como poucos.

Sumário: 1-Notas preliminares; 2- Trust: sua natureza jurídica; 2.1- Características do trust; 2.2- Tipos de trust; 2.3- Utilização prática dos trusts; 2.4- Exemplo prático do uso do trust no campo tributário; 2.5- Derradeiras considerações acerca do trust; 3- Companhias off-shore; 3.1- Características principais das off-shore; 3.2- Como transferir bens para as companhias off-shores sem a incidência do ITBI e Imposto de Renda; 4- Elisão e evasão fiscal; 5- Síntese Conclusiva.

1- NOTAS PRELIMINARES

Muito se tem debatido no Brasil acerca da utilização de *off shores* e *trusts* como instrumentos de planejamento tributário. Assuntos ainda bastante recentes para a doutrina pátria têm, no entanto, despertado cada vez mais o interesse de todos que militam na área fiscal.

O presente estudo tem por finalidade aclarar os contornos de tais institutos, próprios da seara comercial, minudenciando-lhes a real natureza jurídica e sobretudo se com seus empregos, estariam presentes os pressupostos de uma verdadeira engenharia tributária, ou ao contrário constituíram-se em modalidades encobertas de evasão fiscal.

Com essa missão nevrálgica, recorreremos a outros ramos do Direito, notadamente o Civil e o Comercial, única e exclusivamente, utilizando-os como ferramental para aquele intento, desde já, rogando escusas por eventuais equívocos que venhamos a cometer, próprios daqueles que como nós, nesta oportunidade, destinam-se apenas a lançar luzes sobre assunto ainda árido em nosso ordenamento.

Em síntese não temos a vã pretensão de esgotar tão fascinante e intrincado tema, nutrimos em verdade, esperança de despertar interesse nos estudiosos do campo exacional brasileiro. Oxalá tenhamos sucesso em nossa empreita.

* Membro efetivo da Academia Brasileira de Direito Tributário. Integrante da Comissão de Estudos Tributários da FIESP. Graduado em Direito e Administração de Empresas, mestre e doutorando em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor Titular da cadeira de Direito Tributário no curso de Direito das Faculdades Padre Anchieta de Jundiá. Autor de diversos livros jurídicos na área tributária. Diretor Secretário Geral da 33ª Sub. da OAB. Advogado empresarial em São Paulo.

2- TRUST: SUA NATUREZA JURÍDICA

Preliminarmente, cabe asseverar que *trust* possui em sua língua de origem, o inglês, inúmeras definições¹; não querendo aqui indicar “confiança”, como se poderia imaginar num primeiro momento².

Em verdade, o *trust* é um instituto próprio do direito inglês³, existente apenas nos países que sofreram ou ainda sofrem a influência britânica⁴, não estando totalmente assimilado e compreendido, por muitos, mas que vem ganhando destaque e importância em todo o mundo, notadamente pela funcionalidade que apresenta, por seu baixo custo, pela segurança que transmite e por ser relativamente livre de taxas e controles governamentais, transfigurando-se em extraordinário mecanismo para a área tributária e para o planejamento sucessório⁵ de pessoas físicas e jurídicas.

Trust basicamente é uma entidade legal criada por um outorgante (*grants ou settles*) em favor de beneficiários definidos num documento fiduciário, ou seja, é um instituto pelo qual a pessoa transfere total ou parcialmente a propriedade a um terceiro que irá gerir e administrá-la de acordo com as instruções do doador, bem como distribuí-la conforme aquele determine. Em vários aspectos assemelha-se ao fideicomisso previsto na lei civil brasileira⁶, mas com ele não se confunde, na medida em que, muitas outras diferenças os distanciam.

Por outro giro, podemos inferir que *trust* configura-se como negócio fiduciário, pelo qual uma pessoa singular ou coletiva (*trustee*) assume a obrigação de administrar bens cuja propriedade continua juridicamente a pertencer a outra. Com as novas práticas mercantilistas, internacionalizou-se como contrato comercial, o *trust receipt*.

1 - Nesse sentido remete-se o leitor ao notório dicionário jurídico Black's, onde se apresentam mais de sete páginas com definições e sinônimos para o vocábulo *trust*.

2 - Uma das características do *trust* é a confiabilidade, mas por certo, não a única, razão pela qual tal ressalva faz-se imperiosa.

3 - A origem do *trust* na Inglaterra data do século XI, surgindo inicialmente como meio para a manutenção da maior riqueza de então - a terra - mormente para os nobres que a confiavam a terceiros, por ocasião das freqüentes batalhas em que se envolviam, ou como instrumento impeditivo do fracionamento de suas propriedades ante o grande número de seus herdeiros.

4 - Dentre estes, podemos destacar os seguintes: Andorra, Anguilla, Antigua e Barbuda, Aruba, Austrália, Bahamas, Bahrain, Barbados, Belize, Bermuda, British Virgin Islands, Brunei, Campione, Cayman Islands, Channel Islands (Jersey, Guernsey, Alderney e Sark), Cook Islands, Costa Rica, Cyprus, Djibouti, Dominica, Gibraltar, Marshall Island, Monaco, Montserrat, Nauru, Netherlands, Netherlands Antilles, News, News Hebrides, Niue, Oman, Panama, Phillipines, Saint Kitts, Saint Vicent, San Marino, Seychelles, Singapore, Switzerland, Thailand, Tonga, United Kingdom Uruguay, Vanuatu, Venezuela e Western Samoa.

5 - Em verdade os *trusts*, as *off-shores* e as *holdings* têm sido cada vez mais utilizados pelo advogados no mundo todo, como meios de planejamentos sucessórios e de proteção de bens, sobretudo nas empresas familiares, que por óbvio, muitas vezes fragilizam-se ante as discórdias advindas principalmente do falecimento do patriarca-empresendedor e a sucessão que daí decorre. Entretanto, em que pese essa incontestada utilidade, o presente trabalho visa apenas a estudar tais institutos dentro do direito tributário.

Dessa forma, é o *trust* que passa a ser o dono legal de determinado bem ou direito, tendo a obrigação fiduciária de possuir e administrá-los em favor dos beneficiários. Vale dizer, há uma clara distinção entre o dono legal, “de jure” o que tem a obrigação de possuir e administrar os bens transferidos para si, visando sempre à satisfação dos interesses dos donos de fato (beneficiários), mediante pagamento de uma remuneração contratualmente avençada.

2.1- CARACTERÍSTICAS DO TRUST

No *trust* não há acionistas ou diretores, há isto sim apenas o administrador de bens, via de regra, uma instituição bancária, face à segurança maior que por certo transmitirá. Cabe ressaltar que em verdade, nada há que torne defeso o exercício de tal administração por uma pessoa física⁷, apenas não é usual ante as razões já aludidas.

Não há qualquer formalismo maior para o surgimento de um *trust*, vez que não carece de quaisquer registros, dando-se sua formalização jurídica, simplesmente através de um documento, onde se indiquem qual será o administrador, os bens a serem geridos, o nome e a qualificação dos beneficiários e a duração do próprio *trust*.

Residem aí as principais características dos *trusts*, desde já se anotando, que uma de suas grandes vantagens, é a ausência de uma clara e definida personalidade jurídica, o que por certo em determinadas situações pode-se revestir de grande trunfo em quanto meio elisivo de tributação. É o que adiante veremos mais detalhadamente.

6 - DE PLÁCIDO E SILVA, em magistrais lições assim tratou do fideicomisso: “Derivado de *fideicommissum*, de *fideicommittere* (confirmar a alguém, entregar em confiança), designa, na técnica jurídica, a estipulação de última vontade (testamentária), em virtude da qual o testador, constituindo uma pessoa como herdeiro ou legatário, impõe-lhe a obrigação de, por sua morte ou sob certa condição, transmitir a outra pessoa, por ele indicada, a herança ou o legado. O *fideicomisso* implica na indicação de dois *herdeiros* ou *legatários sucessivos*, mostrando uma forma de substituição de herdeiros ou legatários. Por sua essência somente é válido quando instituído por disposição testamentária. O primeiro herdeiro ou legatário toma a denominação de *fiduciário*; o segundo, a quem o fiduciário tem a obrigação de transmitir a herança ou o legado, *fideicomissário*. A capacidade de ambos, para investir-se no direito que o fideicomisso faz gerar surge, cada uma, em sua oportunidade: a do *fiduciário*, quando se abre a sucessão, e a do *fideicomissário*, quando se processa a substituição. O *fideicomisso* difere do *usufruto*, embora tenha aparências análogas. No fideicomisso a propriedade, enquanto não resolvida, integra-se nos direitos do fiduciário. O fideicomissário a terá, por substituição ao fiduciário, isto é, somente exercerá seus direitos de propriedade, quando estes lhe sejam transferidos. No *usufruto* há, simultaneamente, não sucessivamente, dois *titulares* dos direitos que incidem sobre a propriedade: o *usufrutuário* (que corresponde ao fiduciário) tem somente o uso e gozo da propriedade, que pertence, em substância, ao nu proprietário. No fideicomisso, não há desmembramento de domínios. Ele se conserva unido nas mãos do fiduciário. No usufruto, o domínio se desmembra, apresentando-se em mãos do usufrutuário como o direito real sobre coisa alheia, e nas mãos do nu proprietário, como o domínio propriamente dito, embora sob encargo. Enquanto no fideicomisso, a propriedade é alienável, se imposição contrária não a proibir, no usufruto o usufrutuário não a pode alhear, nem mesmo o seu direito, que é personalíssimo. Desse modo, o *usufruto* se caracteriza pela concessão imediata e *simultânea* de duas liberalidades, que desmembram o domínio da propriedade. O *fideicomisso* pela concessão de liberalidades sucessivas, sendo a primeira gravada pela *fidúcia*.” In *Vocabulário Jurídico*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1982, p. 290.

7 - Caso o *trust* seja uma pessoa jurídica, imperioso se faz a previsão de quem ocupará seu posto com seu eventual impedimento, em decorrência de morte, moléstia grave etc.

2.2- TIPOS DE TRUST

A praxe comercial tem-nos oferecido gradativamente novas modalidades de *trust*.

A verdade, no entanto, é que a despeito de tal dinamismo e das inovações que tem envolto o instituto, podemos dividir o *trust* em duas grandes espécies: revogável e irrevogável.

Na primeira modalidade, a revogável, há cláusula expressa onde se prevê o arrependimento do doador, facultando-lhe a possibilidade de alterá-lo, repactuando suas determinações, ou simplesmente revogá-lo pura e simplesmente.

Como o próprio nome e a lógica estão a indicar, no *trust* dito irrevogável, aquelas possibilidades inexistem, não se facultando o seu cancelamento.

Reiteramos que inúmeros outros tipos de *trust* têm se apresentado, onde por exemplo, sua duração e validade condicionem-se a determinadas situações etc., parecendo-nos, no entanto, que todas elas, de uma forma ou de outra, inserem-se dentre as espécies alhures explicitadas.

2.3- UTILIZAÇÃO PRÁTICA DOS TRUSTS

Como já dissemos os *trusts* têm inúmeras utilidades atualmente. Dentre estas, podemos afirmar que muitos utilizam-nos nos casos de casamento, mormente em situações em que se deseje limitar os direitos patrimoniais que por certo surgiriam com o matrimônio.

Outros usos há ainda, como por exemplo, aquele onde os investigadores, mediante o *trust*, preservam o seu anonimato, obtendo maiores vantagens em negociações ou até mesmo conseguindo concretizá-las, o que por certo, tornar-se-ia impossível sem tal proteção⁸.

Freqüentemente, um *trust* é usado para transferir imóveis, desconsiderando os preceitos normativos próprios do direito sucessório⁹ ou para concretizar tal transferência sem a incidência do imposto de transmissão "*causa mortis*".¹⁰

O direito internacional tem conferido competência à lei prevista no *trust*, ou subsidiariamente à lei do país onde a entidade se encontra, ou à lei da localidade dos bens. Tais condições são excludentes, ou seja, na falta da primeira, prevalecerá a segunda e assim sucessivamente.

Os juízes de direito dos paraísos fiscais estão obrigados a excluir a lei do domicílio do doador falecido, se assim for determinado quando da formalização do *trust*. Reside aí uma das várias hipóteses em que a segurança do instituto é marcante e inatacável.

8 - Mediante *trust* o comprador interessado preserva seu anonimato ficando escorado naquele documento fiduciário, pelo qual seu representante obriga-se judicialmente a repassar-lhe o bem ou direito após a concretização do negócio. Dessa forma, o real comprador em nenhum momento terá sua identidade revelada, resguardando seus interesses na operação.

Em suma, poderíamos concluir que a figura do *trust* é de extrema valia nas hipóteses em que: a) visa-se a proteger a propriedade dos bens, principalmente mediante a modalidade dita irrevogável; b) há vários herdeiros de diferentes casamentos; c) almeja-se fazer caridade, mediante doações a instituições, após a morte do doador ou outra situação por ele prevista; d) quer-se investir no estrangeiro;¹¹ e) onde se deseja transferir a propriedade de bens ou serviços sem a incidência de tributos.

2.4- EXEMPLO PRÁTICO DO USO DO TRUST NO CAMPO TRIBUTÁRIO

Parece-nos indiscutível que o *trust* tem extraordinária utilidade como meio para um eficaz planejamento tributário. Com efeito, podemos imaginar uma situação hipotética onde determinada pessoa querendo transferir seus bens a eventuais herdeiros sem a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI), proceda apenas à cessão das ações do *trust*, que detenha os direitos sobre os referidos imóveis. Podemos ainda nesse caso, imaginar que além da tentativa de se evadir licitamente de tal tributação, o doador almeje partilhar seu patrimônio de forma diversa do que prevê a lei brasileira, privilegiando determinado herdeiro, o que por certo, seria possível através do *trust*, onde suas ações fossem transmitidas em quantidades diferentes, aquinhoando-se a uns mais do que a outros¹².

2.5- DERRADEIRAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TRUST

Pode parecer ao leitor menos avisado que o instituto em estudo apresenta apenas pontos positivos. Tal conclusão seria leviana e descabida, notadamente se considerarmos que seu estudo é relativamente recente em países cuja legislação não provenha da “*common law*” britânica, como é o caso do Brasil.

Inegavelmente, há nítidas vantagens em sua utilização, mas há também pontos negativos a serem explicitados.

Antes de tudo, muitos países não reconhecem na sua legislação o conceito de *trust*. Dentre estes podemos destacar duas potências econômicas, França e Alemanha, onde sua aceitação se dá apenas quando criado por residente ou por cidadão nato, que detenha a maior parte de seu patrimônio fora daqueles países

9 - Como já anteriormente asseverado, o informalismo e a maleabilidade do *trust* transformam-no em mecanismo de grande importância, para a maior parte dos investidores estrangeiros, graças à sua habilidade em manter a discricção do anonimato e à concreta possibilidade em, mediante sua utilização, escapar das regras sucessórias e da morosidade que cerca a praxe forense dos inventários, arrolamentos etc.

10 - O imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos encontra-se previsto no artigo 155, I, “a” da Constituição Federal, com competência outorgada aos Estados e ao Distrito Federal para sua instituição.

11 - Entendemos que tal possibilidade trará imensa utilidade prática aos *trusts*, sobretudo se o imposto sobre grandes fortunas, constitucionalmente previsto no artigo 153, VII vier a ser exigido futuramente.

12 - Nessa hipótese, caso a finalidade seja unicamente a transferência patrimonial, o *trust* terminará quando esta se evidenciar. A grande vantagem, além da fiscal, será a de que os herdeiros legais não poderão reivindicar quaisquer direitos sobre aquela propriedade, que nem mesmo será relacionada para fins de sucessão hereditária.

européus. Por óbvio, se o *trust* não é reconhecido, eventuais credores poderão recuperar seus créditos sem maiores conflitos.

Claro que como meio de planejamento sucessório, a aplicação do *trust* sofre algumas restrições, caso o país onde o “*grants*” seja cidadão ou residente, entenda-o como violação ao direito dos herdeiros naturais. Caso os tribunais destes países não puderem intervir quanto à validade do *trust* que releve a lei e a jurisdição do país onde foi criado, não temos dúvidas em asseverar que as pessoas de direito que forem prejudicadas, poderão obter o reconhecimento judicial de seus direitos sobre os bens do *trust*. Este é o caso do Brasil, por força de nossa lei civil.

A viga-mestra dos *trusts*, como dissemos, é a confiabilidade, razão pela qual sua adoção tem de levar em conta as condições sociais, econômicas e políticas do país onde se institui, procurando evitar as localidades onde nacionalizações, expropriações ou mesmo mudanças bruscas na legislação fiscal venham a prejudicar o almejado.¹³

3- COMPANHIAS OFF-SHORE

Diversos países possibilitam a criação de bancos e empresas não estabelecidas naquela localidade, vale dizer, que exerçam sua atividade unicamente fora do Estado onde elas tenham obtido autorização para exercê-la. Em síntese, sociedade *off-shore* é a designação que se dá a uma empresa que opera sempre fora de sua base territorial.

Sob a forma de instituições financeiras, as *off-shores* podem ser filiais de bancos estrangeiros onde o objetivo seja o de responder às necessidades de sua clientela que pratique operações multinacionais.

Recentemente, encontrou-se outra utilidade prática para as *off-shores*. Por seu intermédio conglomerados industriais¹⁴ ou financeiros podem ter interesse em fazer gerar o conjunto de sua tesouraria por um estabelecimento que lhes pertença, instalado em um paraíso fiscal¹⁵, comumente conhecido como “instituição cativa”.

O funcionamento de tais instituições é mais maleável, possibilitando que sua criação se efetive com a integralização de capital social menor do que o exigido em seu país de origem; permitindo-lhes, ainda, maiores e melhores condições cambiais, o que por certo reflete significativamente na apuração de seus resultados com significativos benefícios fiscais.

A constituição de uma empresa *off-shore*, dependendo do paraíso fiscal eleito, poderá demorar um tempo não desejável, por exemplo, até três meses, razão pela qual, muitos preferem adquirir uma já existente¹⁶.

13 - Importante, portanto, que se estipule quando da criação do *trust*, a possibilidade de sua transferência para um país mais acolhedor e propício aos fins colimados.

14 - Um dos exemplos é o da PANAMCO - “Panamá Corporation” detentora dos direitos sobre a marca Coca-Cola no Brasil, cuja sede fica no paraíso fiscal do Panamá.

15 - Singapura, Bahamas e Bahrein face às condições que oferecem têm sido as mais utilizadas para a criação de *off-shores*.

16 - Evidente que todas as contingências que por ventura recaíam sobre a *off-shore* adquirida, serão suportadas pelo novo proprietário, razão pela qual recomenda-se completa verificação nos órgãos públicos locais acerca de passivos existentes.

O local onde se instalará a *off-shore* é de extrema importância para o objetivo que se quer atingir, notadamente no que se refere à: tributação aplicável, liberdade cambial, sigilo bancário e fiscal, possibilidade de alargar ao máximo o anonimato (ações da *off-shore* ao portador¹⁷), necessidade de contabilização¹⁸, estabilidade política e econômica do local etc.

3.1- CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DO OFF-SHORE

Diferentemente dos *trusts*, as *off-shores* possuem acionistas e diretores, cuja quantidade pode variar de acordo com a legislação de cada paraíso fiscal.

Outra característica das *off-shores* é a necessidade imperiosa de registro público nos órgãos competentes de cada país, diferentemente dos *trusts* que surgem apenas pela mera formalização contratual.

Evidentemente que as *off-shores* em determinados países, onde não se exige escrituração, não sofrem qualquer tributação, o que as torna extremamente atraentes para o planejamento tributário-fiscal.

A *off-shore* nunca morre e tampouco sofre qualquer abalo com a morte de seu acionista, na medida em que sua formação pode se dar por intermédio de ações ao portador, o que por óbvio, permite que essas instituições se prestem a uma forma segura e simples de transferência a herdeiros de bens e direitos, mediante simples tradição das mencionadas participações societárias.

Vejamos na seqüência alguns exemplos práticos da utilidade das *off-shore* na área tributária.

3.2- COMO TRANSFERIR BENS PARA AS COMPANHIAS OFF-SHORES SEM A INCIDÊNCIA DO ITBI E IMPOSTO DE RENDA

Suponhamos que uma pessoa física ou jurídica brasileira seja detentora de um imóvel e deseje transferi-lo com a máxima economia tributária. Pois bem, tal patrimônio será capitalizado numa *off-shore* cujo poder acionário ficará com a antiga proprietária do bem brasileiro.

Como já se pode depreender, nesta transferência patrimonial não há qualquer incidência do imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI) de competência municipal¹⁹. Nesta modalidade de operação de capitalização não há tributação, face à imunidade prevista em casos como este, em que há conferência de bens imóveis para fins de integralização das ações subscritas. É o que reza o artigo 156, § 2º, I da Constituição Federal.

17 - As companhias *off-shore* norte-americanas, chamadas LLC, têm natureza jurídica muito semelhante às nossas limitadas e suas ações são sempre nominativas. O mesmo se dá com as inglesas, conhecidas pela sigla UNR, onde tampouco se permite ações ao portador

18 - Há diversos países que não exigem contabilização das contas da *off-shore*, outros há em que tal exigência se faz presente, como por exemplo o Uruguai.

19 - Tal incidência impositiva encontra-se prevista em nossa Constituição Federal no artigo 156, II.

Quanto ao imposto de renda, para que não haja tributação, bastará que a *off-shore* receba o imóvel pelo mesmo valor registrado no balanço da pessoa jurídica ou na declaração de rendimentos da pessoa física, não se verificando nessa hipótese, qualquer ganho de capital, inexistindo em decorrência qualquer tributação a título de imposto de renda.

4- ELISÃO E EVASÃO FISCAL

Dá-se o nome de elisão tributária ao uso, pelo contribuinte, de formas legítimas, juridicamente admitidas, para obter resultados de exclusão, postergação ou ao menos redução da carga exacional a ser suportada.

Fazendo cabedal de tal definição, insta acentuar conceito²⁰ exponencialmente formulado pela notável publicista Diva Prestes Marcondes Malerbi, insígne professora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que assim averbou:

“Expressa-se, assim, o comportamento elisivo na prática de atos ou negócios jurídicos que são fundamentalmente motivados pelos efeitos tributários (mais benéficos dela decorrentes). A escolha de tais atos ou negócios é essencialmente determinada pela intenção de evitar-se determinadas incidências tributárias, equiparando-se o resultado prático obtido aos daqueles atos ou negócios jurídicos sujeitos ao regime tributário desfavorável”.²¹

Já por evasão fiscal entende-se a conduta ilícita, a ação ou omissão dolosa do contribuinte (sentido lato), com vistas a reduzir ou até mesmo evitar o montante a ser pago a título de tributo.

5- SÍNTESE CONCLUSIVA

Ante as linhas aqui traçadas, podemos inferir que a distinção, a despeito de muito tênue, entre elisão e evasão fiscal, é de extraordinária importância para o Direito Tributário, acarretando num caso ou noutro significativas consequências práticas.

Com efeito, o uso de mecanismos, como os que aqui explicitamos, *off-shores* e *trusts*, têm grande valia como ferramental propiciador de redução da exorbitante carga tributária hoje impingida ao contribuinte brasileiro. Caberá ao

20 - Cabe aqui, ante a buscada precisão científica que nos tem envolvido nestes anos de cátedra e de praxe forense, advertir o leitor acerca da distinção entre conceito e definição. Trazemos à colação os ensinamentos de Eduardo Garcia Maynez: “Una de las finalidades primordiales del conocimiento es la adecuada definición de los conceptos. Es más: éstos solo tienen valor científico cuando se ha logrado definirlos de manera correcta. De aquí no se sigue, empero, que el concepto, como elemento lógico de un enunciado, se confunda con la definición. Pues ésta se expresa (si prescindimos de las que sólo contienen símbolos) por medio de un juicio, o lo que es igual, mediante una conexión de conceptos distintos del que se trata de definir, y en virtud de los cuales se indica - según la índole - y a lo que el objeto es, ya el contenido de su concepto, ya la forma en que debe usarse el concepto”. *Magica del Concepto Jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México: Diana, 1959, p. 25.

21 - MALERBI, Diva Prestes Marcondes. *Elisão Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 15.

hermeneuta, ao cultor das letras forenses e aos operadores do Direito em geral, analisar caso a caso, a fim de realmente concluir pela licitude elisiva, ou ao revés, pela ilicitude da prática evasiva. A verdade, no entanto, é que via de regra, o uso das *off-shores* e dos *trusts* não se tem configurado como conduta delituosa, ao contrário, tem se apresentado como extraordinário meio de planejamento tributário.

Eis aí, acreditamos nós, a real importância de tais institutos, que por certo em breve serão esmiuçados por nossos juristas de tomo. É o que nossa realidade atual prenuncia.

OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

Jean Marcel Mariano de Oliveira *

Os conselhos de fiscalização profissional foram regulamentados durante um longo período de tempo como sendo autarquias governamentais, ou seja, pessoa jurídica de direito público. Com esta regulamentação, gozava dos benefícios atribuídos aos entes públicos, tais como a cobrança de taxas através dos executivos fiscais. Com o sancionamento da Lei nº 9.649/98, o legislador nacional deixou claro que os conselhos de fiscalização profissional passaram a possuir natureza de pessoas jurídicas de direito privado, razão pela qual deixaram de gozar dos benefícios inerentes às pessoas jurídicas de direito público.

1. INTRODUÇÃO

Criados inicialmente com o escopo principal de exercer efetivamente a fiscalização profissional a que se refere o inciso XIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1.988, hoje os conselhos de fiscalização profissional deixam de lado essa sua função primordial e são responsáveis por inúmeras discussões judiciais acerca da cobrança das contribuições/anuidades, muitas vezes até indevidas pelas empresas e trabalhadores brasileiros.

Se não bastasse isso, percebe-se ainda uma “sede arrecadatória” muito grande por parte dos conselhos, estes que chegam ao ponto de desconsiderar o disposto na legislação em vigor, para cobrar valores de quem não tem obrigação de pagar, tudo isso em detrimento do cidadão e do empresário brasileiro.

Dispõe o inciso XIII, do artigo 5º da CF/88 que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

“O poder de fiscalizar emana do poder de polícia. Pressupõe, portanto, a existência de atributos específicos deste, isto é, importa em restrições de direitos individuais em favor da coletividade (CTN, art. 78) requerendo, para o seu exercício, discricionariedade, coercibilidade e auto-executoriedade”. (REVISTA CONSULEX – ANO II – nº 22 – 1.998 – PÁGINA 50).

Verifica-se, portanto, que a função principal destes conselhos é fiscalizar o exercício profissional de seus filiados, verificando se este trabalho está sendo exercido de acordo com os requisitos legais, bem como se estão sendo observadas as condições de higiene e segurança, de acordo com cada tipo e lugar de trabalho, e ainda se a profissão não está sendo exercida irregularmente por outrem.

* Graduado pela Faculdade de Direito Padre Anchieta. Advogado Militante em Jundiá.

Justamente em razão deste exercício do poder de polícia é que surge o direito dos conselhos de fiscalização profissional em efetuar a cobrança das contribuições.

Contudo, percebe-se na prática que esta função vem sendo deixada de lado, em razão de uma disputa intensa e tormentosa entre os próprios conselhos, para se saber de quem é a responsabilidade acerca da fiscalização de uma determinada empresa.

2. NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS

Durante algum tempo, os conselhos de fiscalização profissional constituíram-se em entes autárquicos, vinculados à Administração Pública Federal. Eram, portanto, pessoas jurídicas de direito público.

Contudo, com o advento da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1.998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, ficou claro que os mencionados conselhos de fiscalização profissional passaram a constituir-se em pessoas jurídicas de direito privado, exercendo apenas função pública por delegação.

Dispõe o artigo 58 “caput” e o seu §2º da Lei nº 9.649/98 que “Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa. §2º- Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”.

Da simples leitura do dispositivo legal supramencionado, verifica-se, que além de possuir caráter de pessoa jurídica de direito privado, os conselhos de fiscalização profissional também não mantêm qualquer vínculo funcional ou hierárquico com a Administração Pública.

É certo que a própria Administração reconhece como verdadeira esta assertiva aqui exposta, como se extrai de trecho de uma decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, 2ª Câmara, processo nº 002.063/97-2, sendo relator o Ministro Adhemar Paladini Ghisi, “*in verbis*”:

“Entendo que se deve distinguir com toda nitidez a área de atuação do controle interno da área de controle externo. A 1ª admite processos de racionalização alvitados pelo Poder Executivo, como foi o caso da desvinculação dos conselhos da administração pública. Assim se expressou a Secretaria Federal de Controle, em seu relatório de gestão de 1.997, sobre essa nova filosofia do controle interno: “Seguindo a diretriz governamental de desregulamentação das ações do setor público, a SFC elaborou proposta de desvinculação funcional da Administração Pública Federal dos Conselhos de fiscalização do exercício de profissões liberais”. Por força de lei, a SFC estava obrigada a analisar as prestações de contas de 447 entidades de classe que, apesar de estarem sob supervisão do Ministério do Trabalho – Mtb, não recebem nenhum recurso orçamentário do governo, sendo mantidas pelas contribuições de seus associados. Além de não receberem dinheiro público, estas instituições administram valores, em comparação com os recursos movimentados pelo Mtb, de apenas 1%. Entretanto, exigiam cerca de 95% do tempo do trabalho da equipe auditora

encarregada da análise das unidades do Mtb. Essa atividade vinha representando um custo financeiro, de mão-de-obra e de horas de trabalho, incompatíveis com a representatividade dessas entidades para o Ministério do Trabalho, desviando tempo e atenção, que poderiam estar concentrados em áreas de maior prioridade para o Governo. A proposta foi implementada com a edição da Medida Provisória nº 1.549-35 de 09/10/97 e o controle das atividades administrativas e financeiras dos conselhos profissionais passaram a ser exclusivamente de responsabilidade de suas próprias unidades internas. Essa Medida Provisória 1.549-35 e as subsequentes cujo conteúdo foi transformado na Lei 9.649 de 27/05/98 a qual trouxe transformações importantes: a) considerar as entidades de fiscalização pública como entidades de direito privado; b) determinar que o seu controle (interno) seja realizado pelos seus órgãos internos”.

Tais modificações ocorreram inicialmente com a edição da MP 1.549-35, em 09 de outubro de 1.997, sendo certo que tais modificações foram implementadas por vontade da própria Administração Pública, como acima demonstrado. Inegável, portanto, o caráter de pessoa jurídica de direito privado que os conselhos de fiscalização profissional possuem atualmente.

3. CRITÉRIOS LEGAIS QUE OBRIGAM UMA EMPRESA A REGISTRAR-SE JUNTO AOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

Como é cediço, o critério legal a ser observado para se determinar a obrigatoriedade de registro de uma empresa junto aos conselhos de fiscalização é dado pelo artigo 1º da Lei nº 6.839/80 e consiste na verificação da atividade básica ou também na verificação da natureza dos serviços prestados por esta empresa, de forma a dizer se é uma empresa química (Conselho Regional de Química), se é uma empresa voltada para a engenharia (Conselho Regional de Engenharia, Agronomia e Arquitetura), e assim por diante.

Contudo, antes do sancionamento da lei acima mencionada, notava-se uma disputa muito grande pelos conselhos de forma a determinar a obrigatoriedade das empresas em registrar-se junto aos mesmos; tudo isso segundo critérios determinados por *Resoluções Normativas* criadas por eles próprios, o que acabava, na prática, obrigando uma única empresa a registrar-se em diversos conselhos diferentes e de forma simultânea.

Atendendo aos anseios do empresariado nacional, foi sancionada no ano de 1.980 a Lei nº 6.839, a qual dispõe em seu artigo 1º que “*O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, dela encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros*”.

Tal lei veio para uniformizar o critério legal para o registro de uma empresa junto aos conselhos de fiscalização profissional, bem como para coibir a “sede arrecadatória” dos mesmos, implementando, desta forma, a aplicação do princípio da segurança jurídica nestas relações.

Vejamos nos julgados abaixo colacionados que os tribunais pátrios corroboraram com esta assertiva:

“Apelação Cível nº 91.03.45374-0

Relator: Juiz Márcio Moraes

Apelante: Conselho Regional de Química – IV Região

Advogado: Paula Urenha e outros

Apelado: EMTEL Embalagens Técnicas Ltda.

Advogado: Nivaldo Pereira de Godoy e outro

Ementa:

ADMINISTRATIVO – CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA – INDÚSTRIA DE ARTEFATOS PLÁSTICOS – NÃO OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO

I - O critério legal para a obrigatoriedade de registro junto aos conselhos profissionais é dado pelo Artigo 1º da Lei de nº 6.839/80 e determina-se pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pelas empresas.

II - Empresa voltada à produção de artefatos de plásticos não se sujeita a tal exigência, vez que o emprego de profissionais em química é de caráter meramente auxiliar de seu processo industrial.

III - Sentença mantida.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto do Sr. Juiz Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (São Paulo, 19 de agosto de 1.992, DOE; Poder Judiciário; São Paulo, Segunda-feira, 14/09/92).”

E ainda:

“CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL – CRITÉRIO PARA VINCULAÇÃO DE EMPRESAS OU ENTIDADES

Os conselhos de fiscalização do exercício profissional consideravam que o emprego de serviços profissionais transformava a empresa que os utilizava em prestadora de serviços, numa clara e abusiva inversão de valores.

A Lei nº 6.839, de 1.980, veio a coibir os abusos praticados, consagrando o critério da obrigatoriedade do registro das empresas ou entidades nos conselhos somente nos casos em que sua atividade básica decorrer do exercício profissional ou em razão da qual prestam seus serviços a terceiros.

Sentença que decidiu segundo esse entendimento, anteriormente à lei, merece confirmação. (REO nº 90.910-CE, Relator Min. Carlos Madeira).”

É pacífico, portanto, o entendimento dos nossos tribunais superiores, inclusive do Supremo Tribunal Federal, de que uma empresa será obrigada a registrar-se somente naquele conselho que fiscaliza as funções que correspondem à atividade básica por ela exercida.

Contudo, mesmo ao arrepio da lei, verifica-se que os conselhos de fiscalização estão mais preocupados em continuar tentando arrecadar, e para isso lavrando desvairadamente Autos de Infração e Imposição de Multa por violação àquelas Resoluções Normativas por eles expedidas, esquecendo-se de que existe Lei Federal regulando o assunto, do que efetivamente fiscalizar (exercer o poder de polícia) as empresas a eles inscritas.

4. DA UTILIZAÇÃO DESTES CONCEITOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Questão de relevância é saber se diante destas modificações na personalidade jurídica dos conselhos de fiscalização profissional, houve alguma modificação quanto ao direito destes conselhos em efetuar a cobrança judicial daqueles que são por eles fiscalizados ou ainda alguma alteração nas suas garantias, mormente na seara tributária.

Como se sabe, atualmente os conselhos de fiscalização utilizam-se das Execuções Fiscais para promover a cobrança judicial das contribuições, amparados no antigo conceito de “autarquia federal” que possuíam antes da vigência da lei nº 9.649/98.

Vejamos o que dispõe o artigo 1º da lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1.980 (Lei das Execuções Fiscais), “*in verbis*”:

“Artigo 1º- A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

Do dispositivo legal acima mencionado, extrai-se que apenas a União Federal, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias, estas que são pessoas jurídicas de direito público, possuem legitimidade ativa para propor Execuções Fiscais.

Como já mencionado em tópico anterior, os conselhos de fiscalização profissional, com o advento da lei nº 9.649/98, passaram a se classificadas como pessoas jurídicas de direito privado, por vontade própria do Poder Executivo (quando da edição da Medida Provisória nº 1.549/97 e sancionamento da Lei nº 9.649/98) e do Poder Legislativo (quando da aprovação da Lei nº 9.649/97).

Concluí-se que, por falta de previsão legal, os conselhos de fiscalização não mais possuem legitimidade para propor Execução Fiscal, perdendo, desta forma, a possibilidade de utilizarem-se de Varas Especializadas e deixando de contar com os benefícios da Lei nº 6.830/80, devendo cobrar judicialmente as contribuições que lhes pertencem via procedimento previsto no Código de Processo Civil, deixando também de possuir foro privilegiado.

Feitos estes comentários, é necessário saber agora se a procedimento cabível para a cobrança judicial destas contribuições é o previsto para o Processo de Execução ou o previsto para a Ação de Cobrança, no Processo de Conhecimento.

Inicialmente, é importante ressaltar que os conselhos de fiscalização profissional deixaram também de ter legitimidade para promover a inscrição dos seus créditos na Dívida Ativa da Fazenda Pública, nos termos do § 1º, do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, deixando, desta forma, de possuir este título executivo extrajudicial com presunção “*juris tantum*” de liquidez e certeza, hábil a amparar um processo executivo.

Contudo, o artigo 58, § 4º da Lei nº 9.649/98 dispõe que:

“os conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas são autorizadas a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes”.

Desta forma, nos termos do artigo 585, inciso VII, do Código de Processo Civil, os conselhos de fiscalização profissional continuam possuindo título executivo extrajudicial para amparar a cobrança judicial de seus créditos, pelo que procedimento cabível será aquele previsto para o Processo de Execução, porém, sem os benefícios da Lei de Execuções Fiscais, privativa dos entes jurídicos de direito público.

Porém, vacilante tem sido o entendimento jurisprudencial acerca deste assunto, mormente do Superior Tribunal de Justiça, que analisando alguns casos nos quais foi colocada em discussão esta matéria, decidiu da seguinte forma:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONSELHO PROFISSIONAL. EXECUÇÃO FISCAL ANTERIOR A 30/06/1998. LEI Nº 9.649/98. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

I. A Lei nº 9.649/98, em seu art. 58, parágrafo 7º, estabeleceu que até 30/06/1998 os Conselhos Profissionais terão adaptados seus estatutos e regimentos de modo a desvincularem-se dos órgãos da Administração, perdendo a natureza autárquica que possuíam. Ao menos até lá, dúvida não subsiste que as execuções ajuizadas antes de tal data - caso dos autos - têm caráter eminentemente tributário, a determinar a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento.

II. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, ora suscitado.

Por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. EXECUÇÃO FISCAL. A ação de execução fiscal proposta pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de Minas Gerais para a cobrança de contribuições sociais relativas a período anterior à vigência da Lei nº 9.649, deve ser processada e julgada pela Justiça Federal; trata-se de tributo federal, cuja exigibilidade só pode ser decidida nessa sede.

2. ALEGAÇÃO DE QUE O ACÓRDÃO SE OMITIU QUANTO À ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 58, § 8º, DA LEI Nº 9.649, DE 1998.

A inconstitucionalidade do artigo 58, § 8º, da Lei nº 9.649, de 1998, só pode ser suscitada em hipótese na qual os conselhos profissionais, valendo-se da autorização prevista no respectivo §4º, cobrarem anuidades mediante título extrajudicial - hipótese em que, cuidando-se de direito privado, a competência para decidir o conflito de competência, bem assim aquele incidente de inconstitucionalidade, será da Egrégia 2ª Seção. Embargos de declaração rejeitados.

Por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração

PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL - CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL.

Trata-se de conflito negativo de competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal para processar e julgar execução fiscal ajuizada por Conselho de Fiscalização Profissional.

Esta Corte já firmou jurisprudência acerca da matéria, compendiando a Súmula n. 66/STJ, do teor seguinte: Compete a Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional. Mesmo após a edição da Lei n. 9.649/98 que atribuiu aos Conselhos Profissionais a natureza jurídica de direito privado, prevalece a orientação da Súmula n. 66/STJ, seja por força do art. 58, § 8º da lei em comento, seja porque a relação jurídica ensejadora

do título executivo extrajudicial é de direito público, eis que agem os referidos Conselhos por delegação da Administração Pública Federal (art. 21, XXIV c/c art. 22, XVI, ambos da CF/88), à luz do princípio da descentralização do serviço público, prevalecendo, portanto, a competência prevista no art. 109, inciso I da CF/88. A propósito, confira-se a jurisprudência da Primeira Seção a respeito do tema:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. C.F., arts. 21, XXIV, e 22, XVI. Lei nº 9.649/98 (art. 58 e § 8º).

1. As contribuições, anuidades e multas exigidas pelos Conselhos de fiscalização profissional não decorrem de contrato de natureza privada e sim de obrigações legalmente estabelecidas. Andante, a alteração da personalidade jurídica da autarquia federal para ente privada (art. 58, Lei 9.649/98) não institui uma relação privatística.

2. Não desfigurado o título executivo, a modificação comentada, “per se ipsum”, não altera a situação jurídica anterior, competindo à Justiça Federal, na espécie, processar e julgar a execução forçada.

3. Multifários precedentes jurisprudenciais.

4. Conflito conhecido, declarando-se a competência da Justiça Federal.

(CC n. 22.317/RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, por unanimidade, DJ de 19/04/99, página 71)

PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA POR CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL – MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.549/97 E SUCESSIVAS REEDIÇÕES - MANUTENÇÃO DA COMPETÊNCIA “RATIONE PERSONAE” PREVISTA NO ART. 109, I, DA CF - PRECEDENTES DO STJ.

1 - Conforme estabelecido na legislação de regência (art.58, § 8º da Lei nº 9.649/98 e art. 2º da Lei nº 6.206/75), o juízo federal continua sendo competente para dirimir as controvérsias que envolvam os Conselhos de Fiscalização de Profissões Regulamentadas.

2 - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 36º Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Decisão unânime. (CC n. 22.341/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, por unanimidade, DJ de 17/02/99, página 103). Com estas considerações, nos termos no art. 120, parágrafo único do CPC, com a redação dada pela Lei n. 9.756/98, CONHEÇO DO CONFLITO E DECLARO A COMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL, o suscitado.

Os dois primeiros julgados acima concluem pela validade dos executivos fiscais propostos pelos conselhos de fiscalização profissional até o dia 30 de junho de 1.998, período em que a Lei nº 9.649/98 permaneceu em “*vacatio legis*”, sendo que as posteriores a esta data, se propostas, já não poderão mais ser conhecidas pela ilegitimidade ativa de parte dos conselhos.

Já os dois últimos julgados demonstram claramente uma incorreta interpretação do texto legal da Lei nº 9.649/98, pois a mesma é muito clara em atribuir personalidade jurídica de direito privado aos conselhos de fiscalização profissional, os quais, desta forma, deixam de ser amparados pela Lei de Execuções Fiscais para a cobrança judicial de seus créditos.

Aliás, como já mencionado, foi o próprio Poder Executivo quem teve a iniciativa de promover tais alterações, pois mencionada lei teve origem na conversão de uma Medida Provisória editada pelo Presidente da República.

Muito embora encontre-se o artigo 58 da Lei nº 9.649/98 com sua vigência suspensa, em razão de medida liminar concedida nos autos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal, de acordo com os fundamentos que demonstrados no julgado abaixo colacionado, é inegável que qualquer decisão em sentido contrário ao que foi exposto até aqui colocar-nos-á diante de

uma decisão claramente política reparatória, visto que não pode o Poder Público querer dar interpretação a uma lei diversa daquela que objetivou no momento da elaboração da mesma, pois como é cediço, uma lei em vigor somente poderá ser alterada por uma lei nova, regulando o mesmo assunto. Vejamos o julgado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

(...)

4. (...) Com efeito, não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais.

5. Precedente: M.S. nº 22.643.

(...)

8. Medida Cautelar deferida, por maioria de votos, para suspensão da eficácia do “caput” e demais parágrafos do mesmo artigo, até o julgamento final da Ação” (Adin nº 1.171-6/DF, Rel. Ministro Sidney Sanches, DJU de 25.02.2000, grifos não originais). Pelo que precede, permanece a competência da Justiça Federal para processar e julgar as ações em que é parte Conselho de Fiscalização Profissional, já que possui personalidade jurídica de direito público. Posto isso, com fundamento no artigo 259 do RISTJ, reconsidero a decisão atacada para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará.

5. CONCLUSÕES

É necessário, portanto, aguardar-se a decisão final a ser proferida na mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, já que seus efeitos serão “*erga omnis*” para que se possa por em prática tais argumentos acerca do assunto aqui tratado.

Porém, se a decisão não for política, sendo a mesma julgada improcedente, concluindo-se pela constitucionalidade do artigo 58 e seus parágrafos da Lei nº 9.649/98, ter-se-á a seguinte situação:

1. os conselhos de fiscalização profissional são pessoas jurídicas de direito privado, cuja natureza jurídica foi atribuída pela Lei nº 9.649/98, não possuindo qualquer vínculo hierárquico com a Administração Pública;

2. como tal, não possuem legitimidade ativa para propor Execução Fiscal, nos moldes da Lei nº 6.830/80, esta que é restrita à União Federal, Estados, Municípios, Distrito Federal, e suas respectivas autarquias;

3. continuarão a dispor do Processo de Execução previsto no Código de Processo Civil Brasileiro para a cobrança judicial dos créditos que lhes forem devidos, pois possuem um título executivo extrajudicial, criado pelo § 4º, do artigo 58 da Lei nº 9.649/98, porém diverso da Certidão da Dívida Ativa da Fazenda Pública;

4. não poderão, desta forma, contar com os benefícios atribuídos pela Lei de Execuções Fiscais aos sujeitos ativos, tais como prazos processuais, utilização de Vara Especializada para a propositura da ação, entre outros.

Desta forma, apesar desta série de mudanças aqui examinadas, faz-se ne-

cessária uma mudança radical de comportamento, acima de tudo dos fiscalizados, passando a exigir dos conselhos de fiscalização profissional uma efetiva atuação no sentido de fiscalizar as condições de trabalho dos locais onde exercem seus ofícios, de forma que os mesmos deixem de lado a “sede arrecadatória” que hoje assoberba o Poder Judiciário, para efetivamente exercer a função para a qual foram criados.

É necessário também que os fiscalizados passem a cobrar do Poder Público uma atuação mais efetiva, no sentido de editar normas que uniformizem os critérios obrigacionais para registro dos mesmos junto a um conselho de fiscalização profissional, pois é de interesse social que as profissões sejam exercidas de forma legal e com condições seguras para os profissionais.

“O PODER, A LEI, A JUSTIÇA”
(O acesso do homem comum ao sistema jurídico.
Uma reflexão a partir do texto de Franz Kafka)

João Jampaulo Júnior.*

A relação do homem comum com o poder, a Lei e o acesso ao sistema judiciário é algo que nos leva a refletir, diante, às vezes, das dificuldades existentes para uma correta interpretação da linguagem normativa e do próprio texto da Constituição, onde esses direitos se encontram assegurados. Pode parecer em um primeiro momento uma situação simples sem maiores dificuldades. Ocorre, todavia, que esse procedimento de acesso decorre daquilo que usualmente denominamos como interpretação. Interpretar em sentido amplo, nos dizeres de Georges Kalinowski, é atribuir um conceito delimitado a um signo lingüístico.

Partindo desse conceito, interessante é a posição colocada por Franz Kafka em sua obra “O Processo”¹, que merece especial reflexão sobre o acesso do homem à lei (Constituição) e ao processo (Poder Judiciário), sob o ponto de vista da comunicação através da linguagem e da interpretação da norma.

Narra o autor um diálogo entre um cidadão e um sacerdote que pertencia a um Tribunal, onde para aquele cidadão, ele, o sacerdote, era o membro mais digno de confiança do que qualquer outro que conhecia. O sacerdote, para espanto de seu interlocutor, diz ao mesmo para não se equivocar. E mais, o sacerdote lhe diz que, com relação ao Tribunal, o cidadão estava enganado sob o aspecto da confiança e noticia que nos textos introdutórios à lei se relata o seguinte fato sobre o engano em que o cidadão estaria incorrendo:

“Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se não pode entrar mais tarde. ‘É possível’, diz o porteiro, ‘mas agora não’. Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta, e o porteiro se posta ao lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: ‘Se o atraí tanto, tente entrar apesar de minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada um mais poderoso que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a visão do terceiro’. O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele; agora, no entanto, ao examinar mais de perto o porteiro, com o seu casaco de pele, o grande nariz pontudo e a longa barba tártara, rala e preta, ele decide que é melhor aguardar até receber a permissão de entrada. O porteiro lhe dá um banquinho e deixa-o sentar-se ao lado da porta. Ali fica sentado dias e anos. Ele faz muitas tentativas para ser admitido, e cansa o porteiro com os seus pedidos. Às vezes o porteiro submete o homem a pequenos interrogatórios, pergunta-lhe a respeito da sua terra e de muitas outras coisas, mas são perguntas indiferentes, como as que costumam fazer os grandes

* João Jampaulo Júnior é Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Prof. da Faculdade de Direito Padre Anchieta - Jundiá / SP; Prof. da Fundação Regional de Blumenau – FURB – Regente da Cadeira de Direito Constitucional no curso de Pós-Graduação; Consultor Jurídico Titular da Câmara Municipal de Jundiá, SP; autor do livro “O Processo Legislativo Municipal” e de vários artigos sobre temas ligados ao Direito Constitucional e Administrativo nos Municípios, e, Advogado militante.

1. Franz Kafka, O Processo. Tradução do alemão e posfácio: Modesto Carone, Editora Brasiliense, 1988, pp. 230/239.

senhores, e no final repete-lhe sempre que ainda não pode deixá-lo entrar. O homem, que se havia equipado bem para a viagem, lança mão de tudo, por mais valioso que seja, para subornar o porteiro. Este aceita tudo, mas sempre dizendo: 'Eu só aceito para você não achar que deixou de fazer alguma coisa'. Durante todos esses anos o homem observa o porteiro quase sem interrupção.. Esquece os outros porteiros e este primeiro parece-lhe o único obstáculo para a entrada na lei. Nos primeiros anos amaldiçoa em voz alta e sem consideração o acaso infeliz; mais tarde, quando envelhece, apenas resmungo consigo mesmo. Torna-se infantil e uma vez que, por estudar o porteiro anos a fio, ficou conhecendo até as pulgas de sua gola de pele, pede a estas que o ajudem a fazê-lo mudar de opinião. Finalmente sua vista enfraquece e ele não sabe se de fato está escurecendo em volta ou se apenas os olhos o enganam. Contudo, agora reconhece no escuro um brilho que irrompe inextinguível da porta da lei. Mas já não tem mais muito tempo de vida. Antes de morrer, todas as experiências daquele tempo convergem na sua cabeça para uma pergunta que até então ainda não havia feito ao porteiro. Faz-lhe um aceno para que se aproxime, pois não pode mais levantar o corpo enrijecido. O porteiro precisa curvar-se profundamente até ele, já que a diferença de altura mudou muito em detrimento do homem. 'O que é que você agora ainda quer saber?', pergunta o porteiro, 'você é insaciável'. 'Todos aspiram a lei', diz o homem, 'como se explica então que em tantos anos ninguém além de mim pediu para entrar?'. O porteiro percebe que o homem já está no fim, e para ainda alcançar sua audição em declínio ele berra: 'Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a' (destacamos).

Destaca-se do texto em questão situações perplexas mas bem definidas, na relação de comunicação ocorrida entre o camponês e o porteiro da lei - a linguagem (normativa) utilizada no diálogo para o acesso dos homens à lei. Podemos salientar no diálogo entre os protagonistas da parábola situações que extrapolam os limites da linguagem normativa, quer nos seus aspectos internos como externos, ou nas palavras de Carrió encontramos o que o mestre argentino denomina de "sensentido" (linguagem jurídica fora do contexto), que nos proporciona um sinal de alerta indicando uma transgressão indevida de alguma fronteira ou limites da linguagem utilizada.²

Para se falar em linguagem normativa, necessário sabermos o que se entende por essa expressão e se a mesma possui limites. Assim, o que é *linguagem normativa*? Esta, em um sentido mais amplo, pode ser entendida como a linguagem usada para a realização de atos como proibir, autorizar, criticar em certas ocasiões, desculpar, justificar, dentre outras, no sentido de sinalizar se determinado fato é ou não uma transgressão, passível de recompensa ou sanção.³ Quais seriam os limites da *linguagem normativa*? Esses limites são encontrados na não utilização de palavras "sensentido" em uma acepção mais generosa, que podem levar ao disparate e ao absurdo por estarem situadas fora do contexto.⁴

2. Genaro R. Carrió, Sobre los límites.....: "El lenguaje normativo – el que usamos para realizar actos tales como prohibir, justificar, excusar, etc. – tiene límites externos e internos. Cuando intentamos valernos de él con olvido de esos límites aparecen distintas formas de sinsentido. La presencia de un sinsentido funciona como señal de alarma: nos indica que, sin darnos cuenta, hemos traspuesto indebidamente alguna frontera. A veces la transgresión se manifiesta en el absurdo o en el ridículo; otras, en la ausencia de significado cognoscitivo – como cosa distinta del significado emotivo – de lo que decimos. ..." (Comentários contidos na orelha da primeira capa, op. cit. – destacamos).

Uma vez estabelecida a compreensão e os limites da *linguagem normativa*, preliminarmente, merece um detalhamento a questão da linguagem utilizada pelo porteiro no diálogo com o camponês com relação ao pedido – pergunta - deste, para que lhe seja autorizado entrar na lei. Ora, partindo-se da premissa de que a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora - aliás o camponês medita sobre isso - não teria sido essa uma pergunta (pedido) insensata? Pedir para entrar na lei? Novamente valendo-nos dos ensinamentos de Carrió, este, ao cuidar dos limites externos⁵ da linguagem normativa, também através de um exemplo faz esse mesmo questionamento: se uma pergunta não admite resposta sensata, é ela uma pergunta insensata, e perguntas insensatas devem ser rechaçadas? A resposta é negativa.

Antes devemos buscar na lei, na doutrina e na jurisprudência, se existe alguma forma de responder a uma determinada situação incomum.⁶

Diante do ensinamento trazido a lume, deveria o porteiro da lei, dentro dos limites externos da linguagem normativa – texto/contexto - em que lhe foi formulado o pedido, indagar por que o camponês queria entrar na lei, e ante sua resposta, dentro dos padrões que lhes foram impostos, aí sim, dizer se procedia ou não o pedido formulado. O que não poderia era responder, como de fato respondeu, de maneira genérica e lacônica: “ ‘É possível’, diz o porteiro, ‘mas agora não’”. Com efeito, não se tratava de uma pergunta insensata para ser rechaçada como foi.

Noutro giro, a resposta dada pelo porteiro, anunciando que naquele momento seria impossível autorizar o camponês entrar na lei, se nos afigura como uma situação de “*sensentido*”, posto que todos são iguais perante a lei e esta deve ser

3. Genaro R. Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 19: “Por ‘lenguaje normativo’ entenderé, sin gran precisión, el lenguaje que usamos para realizar actos tales como prohibir, autorizar, ejercer críticas de ciertos tipos, excusar, justificar; atribuir o reconocer derechos; afirmar que alguien tiene (o no tiene) una competencia, un deber, un derecho, una responsabilidad; imponer deberes u obligaciones; afirmar que algo hecho por alguien es (o no es) una transgresión o que merece (o no) un premio o un castigo, etcétera” (destacamos).

4. Genaro R. Carrió, *Sobre los límites...*, op. cit. pp. 19/20: “Por ‘límites del lenguaje normativo’ entenderé un grupo no homogéneo de cosas que – espero – se harán aceptablemente claras en el curso de la exposición. Para que desde ya se vaya haciendo inteligible a qué me refiero con esa expresión, diré que el uso del lenguaje normativo o de ciertas expresiones pertenecientes a él produce, a veces, distintas formas de *sinsentido*, en una acepción amplia de esta palabra, que incluye lo disparatado y lo absurdo. Y añadiré que es útil explorar esas formas de *sinsentido*, entre otras razones porque algunas de ellas ayudan a delimitar, desde afuera, el área dentro de la cual el lenguaje normativo puede usarse, por decirlo así, ‘en serio’ y con eficacia, y fuera de la cual, para repetir una metáfora conocida, se va de vacaciones y empieza a operar locamente como una turbina que girase en el aire fuera de sus engranajes” (destacamos).

5. Entendendo-se por *limites externos* que os pressupostos contextuais devem ser considerados sempre tendo em vista o binômio texto e contexto na linguagem normativa e por *limites internos* a confusão, ou seja quando se confunde “*justificación*” (defesa, álibi, justificativa) com “*excusa*” (pretexto, argumento) e “*exención*” (isenção) com “*transgresión*” (infração, desobediência). Carrió, op. cit. p. 21/22.

6. Genaro R. Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, op. cit. p. 33.

acessível a todos e a qualquer momento.⁷ Assim, o porteiro, valendo-se de uma ferramenta lingüística – vocábulo *poder*⁸ - no sentido de que esta – o seu poder - se sobrepõe à vontade de todos⁹, inclusive ao direito de acesso à lei conferido ao camponês, procede de maneira inidônea, ou nos dizeres do mestre argentino ao cuidar dos limites internos da linguagem normativa, o resultado de um mal uso dessa ferramenta dá ensejo a situações ridículas e cômicas¹⁰, como v.g., dizer que naquele momento o camponês não poderia entrar na lei, mas que no futuro seria possível, confundindo argumento com justificativa, criando uma expectativa futura, distorcendo dessa forma o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei e da tutela por ela oferecida, dando a entender que, para o acesso à lei poderia ocorrer em momento futuro, não naquele, utilizando-se de um pretexto, um argumento, confundindo o camponês que se pôs a esperar a autorização para ingressar na lei por toda a sua vida, temendo que a desobediência ou desrespeito ao “*poder*” do porteiro e dos demais, poderia lhe causar.

Uma outra questão que se levanta da leitura do texto em análise é o problema da interpretação da legalidade (direitos constitucionais fundamentais), e se o acesso dos homens à lei estaria inserido no rol dos considerados direitos fundamentais. E quais seriam esses direitos fundamentais? Segundo Retortillo,

“... lo cierto resulta ser que no há habido respuestas terminantes y unívocas. Acaso la respuesta suela venir por la vía siguiente: <<Derechos fundamentales son los que la Constitución reconoce>>. Pero ante tal afirmación, trás un momento de incertidumbre, viene inmediatamente el interrogante siguiente: << Y cuáles son los derechos fundamentales que la Constitución reconoce?>> Aquí si que parece suma la perplejidad” (destacamos).¹¹

Entendendo direitos fundamentais como sendo aqueles básicos, essenci-

7. Como v.g., dispõe o art. 5º da Constituição da República, que assegura a igualdade de todos perante a lei, e a proteção aos direitos violados.

8. A interpretação do vocábulo “*poder*”, mesmo sendo uma palavra ambígua, significa a possibilidade de alguém impor sua vontade à outrem. Reflete, assim, tanto uma atribuição de competência (ou potestade) jurisdicada (ordem normativa), como força no sentido de domínio total.

9. Ricardo A. Guibourg, *El fenómeno normativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 199: “*El derecho es un fenómeno cultural y social; su contenido es siempre incompleto y su interpretación para cada caso depende de infinitas y cambiantes circunstancias; el derecho es vida, y la vida humana no puede encerrarse en criterios estrechos ni en fórmulas desprovistas de carnadura. Aquí aparece otra vez el hombre con su provincialismo antropocéntrico. ‘Lo que es bueno para describir y manejar toda la naturaleza – parece afirmar – no alcanza para encerrarme a mí: yo estoy por encima de la naturaleza y por encima de las ciencias; mi poder es capaz de romper los barrotes de la lógica y de las matemáticas’*” (destacamos).

10. Genaro R. Carrió, *Sobre los “Empezaré mostrando, con unos pocos ejemplos, algunos sinsentidos que origina el uso del lenguaje normativo cuando quien lo emplea quiere realizar la difícil pirueta de atravesar algunos de los límites o fronteras internos del mismo sin atravesarlos realmente. Esto es, cuando uno usa una herramienta lingüística que sirve para ciertos fines y quiere hacerle servir un fin, emparentado con esos otros, para el que ella no es idónea. Algo así como querer tomar la sopa con el tenedor. Como ocurre en el caso de esta analogía, el resultado de ese mal uso suele ser cómico o ridículo. Al obrar así producimos una forma de sinsentido que se caracteriza por ese especial tipo de resultado”* (op. cit. p. 21 – destacamos).

11. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, S.A., p. 65.

ais, indisponíveis, acompanhamos os ensinamentos da Prof^a. Maria Garcia ¹² que elenca como fundamentais, ou seja, aquilo que sem o que não é, cinco direitos básicos a saber: *vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade* ¹³. Nessa toada, ao impedir o ingresso do camponês na lei, o porteiro, utilizando indevidamente o seu poder, estaria ferindo vários direitos fundamentais assegurados ao homem. Com efeito, o direito à liberdade de invocar a lei foi impedido com o ingresso do camponês na porta da lei; o direito à igualdade, foi desrespeitado quando impediu o homem de ver a sua situação juridicamente tutelada, uma vez que aquela porta da lei estava destinada somente a ele; o direito à segurança foi afetado em decorrência dos dois princípios já violados – direito à liberdade e direito à igualdade - e, por fim, ao impor através de seu “*poder*” calcado em uma interpretação equivocada, deu causa a uma espera inútil que somente se findou com a morte do camponês, atentando assim, ao mais importante dos direitos fundamentais, a saber, o direito à vida.

Poder-se-ia argumentar ainda que o porteiro nada impediu, mas sim, que houve uma inércia do camponês em não argüir o mesmo, qual seria a forma para que ele adentrasse imediatamente pela porta da lei. Quando o porteiro recebe suborno e justifica que o fazia apenas para que o outro protagonista não ficasse com a sensação de que não havia feito nada, deveria ele, ao invés dessa conduta, adotar outra, no sentido de esclarecer quais as providências que o camponês deveria tomar.

Ocorre, todavia, ante a imagem do “*poder*”, o temor reverencial e o medo da desobediência, o homem do campo assumiu uma posição passiva esperando, aguardando, para somente nos últimos momentos de sua vida indagar porque naqueles anos todos ninguém, além dele, pediu para entrar, obtendo como resposta que aquela porta somente a ele estava destinada.

Por fim, poderia ser discutido ainda, com relação à conduta do porteiro, que este estaria com a sua concepção dos fatos ofuscada pela ingenuidade e pela presunção. “Os intérpretes dizem a este respeito: ‘A compreensão correta de uma coisa e a má compreensão dessa mesma coisa não se excluem completamente’”.¹⁴ Hesse, ao cuidar da incumbência da interpretação, leciona que esta deve achar o resultado constitucionalmente “*correto*” (não certo ou errado), mas através de um procedimento racional, controlável e devidamente fundamentado, onde o resultado, um simples decidir por decidir.¹⁵ O mestre alemão, ao destacar a previsibilidade, rechaça algo “*sensitivo*”, posto que uma decisão ou ordem devem

12. Prof^a. Maria Garcia em debate ocorrido na sua aula de Direito Constitucional II – Pós Graduação, PUC/SP – em 05.11.1999, tendo por base texto de *Retortillo* já mencionado na nota de rodapé nº 07.

13. Propriedade no sentido de apropriação de qualquer coisa, não só imóvel, mas acúmulo de riquezas.

14. ~~Barzefra~~ processo, op. cit. p. 234.

15. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 37.: *El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente <<correcto>> a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión* (itálico do autor).

ser explicadas pelo direito. Ora, tendo em vista que o porteiro em momento algum fundamentou a recusa ao pedido do camponês, decidindo por decidir, não buscando o resultado constitucionalmente “*correto*”, afastou-se ele da principal incumbência da interpretação de sua posição enquanto porteiro, na busca de um resultado racional, controlável e com justificativa aceitável.

É por todos esses motivos que Calamandrei temia uma visão asséptica, inodora (matemática) da ação judicial, pois lembraria “*l’atmosfera alucinante del’assurdo processo di Kafka, in cui nom si conosce mai l’accusa*” (destacamos).¹⁶ Assim, a não compreensão da lei enquanto subproduto da marginalidade, da falta de norma e da falta de cultura, ou ainda por força de influências de outra cultura de maneira mais forte, cria situações de opacidade no direito, situações de “*sensetido*”. Esse desconhecimento gerado pela não compreensão, essa submissão do homem do campo, não ocorrem apenas na parábola de Franz Kafka. Nos dias atuais, guardadas as devidas proporções, situações como essa estão caracterizadas pela dificuldade de acesso do homem comum à Justiça que, não sabendo fazer valer os seus direitos, desconhece os instrumentais para buscar o socorro necessário junto ao Judiciário, padecendo, muitas vezes, da agonia e do temor para chegar na porta da lei, e nela ingressar.

16 - “In” Rodolfo Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública*.

POSICIONANDO A QUESTÃO DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO E INTERNACIONAL

Laura Celi de Souza Silva*
Rodolfo Antônio de Figueiredo**

RESUMO

A genética é um ramo do conhecimento que permitiu ao ser humano apropriar-se de técnicas que alteram o material hereditário dos seres vivos. O estágio atual de biotecnologia indica que não há mais limitações técnicas que não possam ser superadas pelos cientistas no estudo e na manipulação do DNA. A percepção social da efetiva utilização dessas técnicas é a de que algumas aquisições, tais como a criação de organismos transgênicos e clonados, possam ser prejudiciais às comunidades humanas. A bioética permite ampla discussão com todos os segmentos sociais. Os profissionais do direito devem estar atentos quanto às futuras produções legais que afrontem a dignidade humana.

Palavras-chaves: genética, biotecnologia, percepção social, bioética, direito, dignidade humana.

ABSTRACT

Genetics is a branch of the knowledge that is allowing human beings get technics which effectively alter the hereditary material of the living organisms. The present step of the biotechnology indicates that there isn't no more technical limitation that couldn't be transposed by scientists on the DNA study and manipulation. The social perception of the effective use of these technics is that some acquisitions, such as the creation of transgenic and clonated organisms, could be problematic to the human communities. The bioethics grants extensive discussion with every social segment. The professional of law must be careful with future law productions that affront the human dignity.

Key words: genetics, biotechnology, social perception, bioethics, law, human dignity.

OBJETIVOS

- 1 • caracterizar histórica e conceitualmente a manipulação genética;
- 2 • coletar informações sobre a percepção social em relação ao tema, externado pela mídia impressa;

* Advogada Graduada pela Faculdade de Direito Padre Anchieta, Médica Veterinária.

** Bacharelado em Direito, Biólogo, Mestre e Doutor em Ciências, Professor Titular e Coordenador das Faculdades Padre Anchieta

3 • verificar o que a legislação oferece no momento, em âmbitos nacional e internacional; e

4 • apresentar a importância do tema aos profissionais da área jurídica.

METODOLOGIA

Análise de livros, artigos, e pesquisas na *Internet* e em jornais, revistas, legislação, doutrina e jurisprudência.

ASPECTOS HISTÓRICOS, CONCEITUAIS E TÉCNICOS DA CIÊNCIA GENÉTICA

A par dos aspectos filosóficos relacionados à temática, o desenvolvimento da compreensão humana sobre a hereditariedade das características dos seres vivos deve-se ao trabalho do monge agostiniano Gregor Mendel, realizado entre os anos de 1856 e 1865. Ele indicou a base física da herança, que no início do século XX foi determinada por diversos outros pesquisadores, como sendo os genes que formam os cromossomos. Os genes são segmentos cromossômicos que guardam as informações para a constituição das características dos seres, assim como para a transmissão dessas características de geração para geração. Mas esses genes também, e isto é significativo, podem sofrer pequenas alterações, denominadas mutações, alterando continuamente o patrimônio genético da espécie.

No decorrer da primeira metade do século 20, o conhecimento da genética foi aplicado ao melhoramento de espécies vegetais e animais úteis ao ser humano, através do cruzamento entre seres que apresentavam características alteradas e que, de alguma forma, aumentavam a produtividade em um determinado aspecto.

Ao conhecimento da hereditariedade celular, sucintamente acima descrito, caminhou também o conhecimento sobre o composto químico que forma os genes e que, em última análise, é o responsável pelo armazenamento, transmissão e transformação das informações genéticas. A caracterização inicial, em 1869, do DNA (ácido desoxirribonucléico) por Johann Friedrich Miescher culminou com a criação do seu modelo molecular por James Watson e Francis Crick no início da década de 1950.

O modelo de Watson-Crick indica ser o DNA, uma extensa molécula (polímero) formada por quatro diferentes unidades (monômeros), denominados nucleotídeos e representados pelas letras A, G, T e C. O número, a posição e a seqüência dessas letras são responsáveis pelas informações hereditárias, pois, ao serem traduzidas pela célula, produzem compostos protéicos e enzimáticos essenciais à síntese dos compostos estruturais dos seres vivos. A alteração em uma das letras do DNA, denominada mutação pontual, geralmente leva à formação de um composto estrutural levemente diferente do padrão normal.

Na natureza dada, as mutações pontuais são a base da evolução, ou seja, das transformações que levam a uma maior adaptação dos seres ao ambiente em

que vivem. Na natureza construída, no entanto, essas alterações foram, inicialmente, fonte de pânico nas décadas de 1940 e 1950 devido à descoberta de que a radiação nuclear as produz e que estariam afetando irremediavelmente a carga genética da espécie humana. Porém, em um segundo momento, essas alterações foram recebidas com bons olhos pela iniciativa empresarial, que nelas antevia novos bolsões capitalistas de lucratividade.

A genética molecular produziu, ao longo da segunda metade do século 20, um arsenal de técnicas que viabilizaram a modificação dirigida do DNA pelo ser humano. Dentre essas técnicas, está a clonagem gênica, que consiste em construir (daí o nome engenharia genética) uma bactéria que possua um pedaço de DNA (gene) de uma planta ou de um animal, incluindo genes humanos. Esta técnica possibilitou avanços na produção de insulina humana e interferon em grande quantidade, dentro de pequenos laboratórios que atuavam com bactérias “engenheiradas”, e também no desenvolvimento de bactérias multiresistentes para utilização em guerras biológicas. A técnica foi aperfeiçoada para abarcar não somente bactérias, mas quaisquer outros organismos.

A técnica da clonagem gênica possibilitou que o ser humano brincasse de Deus, criando seres que apresentavam, além de suas próprias características hereditárias, às de outros seres vivos que não guardavam entre si qualquer parentesco evolutivo (de ancestralidade). Assim, desenvolveram-se nas décadas de 1970 e 1980 as bases da criação de organismos transgênicos, quais sejam, aqueles que têm material genético diverso do de sua espécie. Todos os genes de um dado ser também podem ser clonados, como recentemente foi demonstrado para os de maior complexidade, os mamíferos, com a criação de clones de ratos, de ovelhas, de bois e de macacos. A clonagem de seres humanos já é uma realidade técnica possível.

As novas espécies criadas pelo ser humano passaram a ser consideradas como obras não da natureza, mas sim da iniciativa empresarial. E, em 1980 foi concedida a primeira patente de um ser vivo, uma bactéria bioengenheirada, à General Electric. Oito anos depois, foi patenteado o primeiro mamífero, uma rata bioengenheirada da Dupont.

O ser humano veste apenas à luz de sua natureza animal, é um mamífero que igualmente pode ter seu DNA manipulado. Como para modificar é preciso primeiro conhecer, em 1985 um grupo de cientistas norte-americanos apresentou uma proposta de seqüenciar o DNA humano, objetivando descobrir a localização e natureza das informações hereditárias que essa molécula enseja. Em 1986, o governo norte-americano designou os laboratório do DOE (departamento de energia dos Estados Unidos, responsável também pela segurança nuclear americana), como os locais onde o projeto iria ser realizado. O Prêmio Nobel de Medicina e Fisiologia de 1962, James D. Watson, assumiu a direção do Projeto Genoma Humano (PGH), que iniciou oficialmente em 1990. Durante a década de 1990, o PGH sofreu dois duros golpes: a saída de James Watson devido a não anuência ao projeto de patenteamento dos genes humanos descobertos, e a iniciativa privada dar também

início a um PGH. E, justamente uma empresa privada, a Celera Genomics, foi a que, no ano de 2000, anunciou ter completado o seqüenciamento do DNA humano.

Ou seja, agora o número e a seqüência dos nucleotídeos que guardam as informações hereditárias de nossa espécie são cabalmente conhecidos.

O Brasil não compôs o bloco de países que participaram do “esforço internacional” para o seqüenciamento do DNA humano (França, Alemanha, Grã-Bretanha, Canadá, Japão e Itália, liderados pelos E.U.A.). No entanto, em 1997, a FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo) criou uma rede virtual de laboratórios devidamente aparelhados, denominada ONSA (Organização para Seqüenciamento e Análise de Nucleotídeos), presidido por Andrew Simpson. Em junho de 2000, a FAPESP conseguiu o primeiro triunfo, qual seja, a descoberta da completa seqüência de nucleotídeos do DNA da bactéria causadora do amarelinho em cítrus. Em março de 1999, a FAPESP em cooperação com o Instituto Ludwig de Pesquisa sobre o Câncer, lançou o Projeto Genoma Humano do Câncer, ainda em andamento. Esses projetos possibilitaram que o Brasil passasse a ser considerado em pé de igualdade com os países desenvolvidos na pesquisa genômica.

PERCEPÇÃO SOCIAL SOBRE AS QUESTÕES ATUAIS DA GENÉTICA

O Brasil, atualmente, é um dos expoentes no cenário internacional da compreensão da estrutura do DNA, tanto que hospeda, no final de março de 2001, o Congresso Internacional sobre Genômica, em Angra dos Reis (RJ), onde se reúnem os 50 maiores especialistas do mundo em pesquisa de genomas.

Esse alvoreçamento da comunidade científica brasileira, mormente do Estado de São Paulo, é percebido pela opinião pública? Com o objetivo de responder, preliminarmente que seja, a essa pergunta, foi realizada uma pesquisa em um veículo de comunicação de massa: o jornal O Estado de São Paulo. Foram selecionadas as notícias pertinentes à área de genética veiculadas ao longo do ano de 2001 (de 1º de janeiro a 14 de março). Os resultados da análise desse material são descritos a seguir. Também foi feita uma avaliação do conteúdo dos artigos, onde arbitrária e sinteticamente foram encaixados em três categorias: positiva, negativa e neutra. A categoria positiva refere-se a artigos cujo autor descreve a questão genética como de utilidade às sociedades humanas. A negativa, por outro lado, salienta os aspectos problemáticos da manipulação genética para o ser humano. A categoria neutra, finalmente, traz artigos cujos autores não valoram a notícia, apresentando-a apenas como fonte de informação.

Ao longo do período de estudo, foram registrados 65 artigos sobre “genoma”, 71 artigos sobre “organismos transgênicos” e 55 artigos sobre “clonagem”. Isso perfaz de dois a três artigos diários nos jornais, informando a população sobre questões ligadas à genética.

Os artigos sobre genoma iniciam o mês de janeiro dissertando principalmente sobre os projetos desenvolvidos pela FAPESP. Durante o mês de fevereiro, os projetos brasileiros dividiram espaço com o PGH norte-americano. O mês de mar-

ço não apresentou artigos sobre esta questão. A maioria dos artigos (cerca de 54%) pode ser incluída na categoria positiva, enquanto que 20% são negativos e 26% são neutros.

O tema de organismos transgênicos é pouco explorado no início de janeiro, sendo, no entanto, muito abordado em seu final, particularmente quando do fórum social realizado em Porto Alegre. Fevereiro e março apresentam artigos em menor número sobre a temática, ainda explorando as plantações transgênicas. Os artigos foram em sua grande maioria tidos na categoria de negativo (68%), enquanto que 15% foi positivo e 17% foi neutro.

O tema clonagem é relativamente novo, mas participou da mídia escrita desde o início de janeiro devido ao lançamento do filme "Sexto Dia", estrelado pelo ator Arnold Schwarzenegger, que na história é clonado por uma empresa às margens da lei. O veículo analisado publicou 19% de artigos que podem ser incluídos na categoria positiva e 29% na categoria neutra. Mas, novamente, a categoria negativa superou as demais (52%).

Esses resultados indicam que a mídia traz os projetos genoma como um fator positivo para a humanidade, uma vez que são vistos particularmente como um auxiliar à medicina, além do Brasil estar sendo um destaque nesta área. Já os organismos transgênicos são abordados com temor, uma vez que ainda não há cabal confirmação de sua inocuidade. A clonagem de seres humanos e outros animais também assusta os autores de artigos, uma vez que traz em seu bojo questões morais e éticas ainda não suficientemente discutidas.

BIOÉTICA E DIREITO - BREVE RELATO HISTÓRICO

A Bioética é um ramo do conhecimento transdisciplinar que sofre influência da Sociologia, Biologia, Medicina, Psicologia, Teologia, Direito entre outros, que tem como objetivo geral a busca de benefícios e de garantia da integridade do ser humano, tendo como fio condutor o princípio básico da defesa da dignidade humana.

Ao se considerar ético o que, além de bom, é o melhor para o ser humano e a humanidade em um dado momento, portanto, surgem novas discussões abrangendo o tema em diversos segmentos da biologia intrinsecamente relacionados à esfera jurídica, no que concerne os direitos reprodutivos (concepção, contracepção, esterilização, aborto, infertilidade novas tecnologias reprodutivas conceptivas), sexualidade, acesso aos meios de manutenção da saúde e da vida, saúde pública, doentes terminais, eutanásia e as manipulações genéticas.

Afirma o respeitável professor Ives Gandra da Silva Martins que *"o princípio que deve nortear as discussões é o que diz respeito ao direito natural, voltado exclusivamente para a dignidade do ser humano, cabendo ao Estado preservar esse direito, já que o ser humano é o verdadeiro destinatário da ordem social e jurídica de cada país"*.

O Juramento de Hipócrates foi a normatização da conduta ética médica até o final da Segunda Guerra Mundial, porque durante o Tribunal de Nuremberg (1945) foram colhidos dados suficientes da necessidade de se elaborar novos princípios orientadores da experimentação em seres humanos. Foram considerados como horrores “científicos” os experimentos com prisioneiros de guerra sobre o grau de tolerância e de sobrevivência em grandes altitudes, os limites da vida submetida ao congelamento, vacinas e remédios para a malária e febre tifóide, resistências aos venenos e experiências ditas genéticas, entre outras atrocidades.

Em 1947, surgiu o Código de Nuremberg estabelecendo como pilares da ética na pesquisa em humanos a utilidade, a inocuidade e a autodecisão da pessoa que participa da experiência.

A OMS (Organização Mundial de Saúde) e o CIOMS (Conselho para as Organizações Internacionais em Ciências Médicas) elaboraram, em 1982, a Proposta de Diretrizes Internacionais para a Pesquisa Biomédica envolvendo Seres Humanos, e, desde Nuremberg, há um acordo para garantir a incorporação de novas situações ou problemas, a partir de revisões periódicas.

Na atualidade, o poder de regulamentação ética na área das biociências deixa de ser concentrado às corporações da área de saúde, passando a ser delegado à análise e decisão do conjunto da sociedade segundo os seus valores nesse momento de sua história.

Tratando do binômio importância e necessidade, bem assinala **Fátima Oliveira (1997:60)** que *‘os assuntos da bioética são importantes para todas as pessoas, porque cientistas e profissionais da saúde existem para “atender” às necessidades das pessoas; todas, portanto, têm o direito de conhecer bem os procedimentos e o grau de risco, e então fazer sua escolha. Enfim, todas as pessoas têm o direito de decidir.’*

Especificamente sobre legislação que verse sobre a manipulação genética, há registros no âmbito nacional e internacional, resultantes da mobilização em circunscrever direitos e deveres de cientistas e demais profissionais da saúde.

ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS – OGMS – E LEGISLAÇÃO

O Direito Brasileiro consagrou a regulamentação das plantas transgênicas com Lei de Biossegurança, de nº 8.974 de 5 de janeiro de 1995, regulamentando os incisos II e V do parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, estabelecendo e impondo condições de segurança para as pesquisas na área de Biotecnologia.

A regulamentação da lei de Biossegurança pelo Decreto nº 1.752 de 20 de dezembro de 1995 levou à criação de Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio – composta por representantes do poder Executivo, da comunidade científica, do setor empresarial que atua em biotecnologia, de saúde do trabalhador.

Essa Comissão é responsável pela regulamentação da biossegurança no país no que se refere ao uso e liberação de organismos geneticamente modificados

– OGMs – desde o laboratório até o meio ambiente.

No Superior Tribunal de Justiça foi proposta uma discussão, em 7/12/2000, envolvendo organizações, integrantes do Poder Judiciário e ministros, para a definição de regras claras sobre o plantio e comercialização nacionais de produtos geneticamente modificados, também denominados transgênicos.(estadao.com.br)

O presidente do STJ, ministro Paulo Costa Leite afirmou que quer ouvir especialistas no tema porque, segundo ele, a tendência é a de que a Justiça seja cada vez mais acionada para solucionar pendências do setor, e não se devem fazer reservas sobre o assunto.

As diretrizes a serem estabelecidas, de modo a satisfazer os interesses do segmento econômico, devem-se ajustar, desta maneira, às exigências de proteção aos consumidores quanto à identificação dos produtos que deverão estar adquirindo.

É uma postura louvável, face ao modo adverso ocorrido nos EUA, em 1986, quando, por estratégias de lobby, forçou-se a liberação precoce de transgênicos e, pelo parecer do pesquisador Henry Miller(estadao.com 27/01), responsável por assuntos de biotecnologia na Food and Drug Administration, o governo americano fez exatamente o que as empresas queriam ao longo de três administrações.

Diante aos acontecimentos, em 17 de janeiro de 2001, a FDA propôs uma norma, apoiada pela indústria tecnológica, pela qual as companhias teriam de notificar a agência americana no prazo de 120, dias antes de vender quaisquer produtos ou ingredientes transgênicos.

Por sua vez, a União Européia aprovou formalmente uma nova legislação sobre rotulagem e monitoramento mais rígidos de alimentos, rações e remédios transgênicos, excluiu por, no mínimo, oito anos a inserção de antibióticos em genes de plantas e criou um registro público onde os consumidores poderão rastrear os alimentos transgênicos. Os 15 países têm, a partir deste mês de março/2001, prazo de 18 meses para pôr a lei em prática.

Ainda, na legislação brasileira, a Lei de Proteção de Cultivares (Lei nº 9.456, de abril de 1997) em seu artigo 10, inciso III, assegura o direito à propriedade intelectual referente a cultivar aquele que a utiliza como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica.

E, sob a ótica do direito de propriedade industrial, no artigo 18, inciso III da Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996, é previsto que não são patenteáveis o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – e que não sejam mera descoberta. No parágrafo único desse mesmo artigo encontramos a seguinte definição:

“Para fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais”.

Corroborando a afirmação do ilustre presidente do STJ, os julgados relacio-

dados ao cultivo de transgênicos começaram a surgir, como no recente caso de mandado de segurança, com recurso do impetrante desprovido, mantendo-se a interdição ao cultivo de organismo geneticamente modificado:

“Ementa: Administrativo. Meio ambiente. Saúde. Cultivo de organismo geneticamente modificado. OMG. CTNBio. Soja transgênica roundup ready. Lei nº 8.974/95. Notificação. Autoridade Estadual. Interdição da atividade. 1. O uso de técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado depende (I) de autorização do poder público federal (Ministérios da Saúde, do Meio Ambiente, da Agricultura e da Reforma Agrária) e de (II) licenciamento pelo órgão ambiental competente. Art. 8.974/95 e art. 11 do Decreto 1.752/95. 2. O parecer técnico conclusivo sobre registro, uso, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado ou derivados da competência da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio – órgão do Ministério da Ciência e da Tecnologia – destina-se a instruir o pedido de autorização dirigido aos Ministérios da Saúde, do Meio Ambiente e da Agricultura, não suprindo a exigência do licenciamento ambiental a cargo da autoridade competente. Por isso, o parecer conclusivo favorável da CTNBio não faculta o exercício de atividade relacionada com organismo geneticamente modificado. Art. 7º, incisos III e IV, da Lei Federal nº 8.974/95 e art. 2º, inciso XII, do Decreto nº 1.752/95, Lei 6.938/81 e Resolução 237/97 do CONAMA. 3. O cultivo de organismo geneticamente modificado para comercialização sem expressa autorização e registro do produto pelo poder público federal, licença ambiental do órgão competente e notificação prévia do Executivo exigida pela Lei Estadual constitui-se em atividade ilegal sujeita a interdição. Hipótese em que a sanção, a par de legal, evidencia-se indispensável para fazer cessar a ilegalidade que põe em risco a saúde e o meio ambiente. Recurso do impetrante desprovido. Recurso do Estado provido. (14 fls.) (MSE nº 7000027425, Segunda Câmara cível, TJRS, Relator: Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 06/10/1999)”

CLONAGEM EM SERES HUMANOS IMPÕE DESAFIOS À BIOÉTICA E AO DIREITO

“Ainda é muito cedo para clonar seres humanos. Independentemente de questões morais, éticas ou religiosas, este é um dos poucos pontos de concordância entre os cientistas em relação à clonagem reprodutiva. Ou seja, uma técnica que resulta em abortos, fetos deformados ou natimortos em até 98% dos casos não deveria ser experimentada em seres humanos” (O Estado de São Paulo, 11/03/2001)

Nos dizeres do emérito professor Ives Gandra da Silva Martins *‘a clonagem, decididamente, fere a ética. Nela o ser vivo se reproduz a partir de células trabalhadas como no filme de ficção em que se atribuía a Hitler a criação dos “meninos do Brasil”, geneticamente perfeitos.’*

Estes não são os pensamentos predominantes na Câmara dos Lordes em Londres que aprovou, em 23/01/2001, o procedimento em embriões humanos para o uso em medicina sob protestos até de políticos locais, mas foi defendida com o argumento de que coloca a Inglaterra na vanguarda das pesquisas mundiais.

As regras inglesas que definem a pesquisa com embriões foram estabelecidas em 1990 e só permitiam estudos em embriões doados para certos fins limitados, como pesquisas sobre infertilidade e a detecção de defeitos congênitos. Agora com a clonagem de células humanas há permissão para a pesquisa e uso de células-tronco (indiferenciadas), que surgem nas primeiras etapas de desenvolvimento dos embriões, na busca pela criação artificial, em laboratório, de qualquer órgão ou tecido humano.

Nos Estados Unidos a notícia da clonagem de uma ovelha, pelo cientista escocês Ian Wilmut, foi o motivo para que em 1997 Bill Clinton, então presidente americano, proibisse o uso de fundos federais na investigação de seres humanos, encarregando a National Bioethics Advisory Commission – NBAC – a redação de um informe sobre as derivações éticas e legais em torno da clonagem de seres humanos.

Todavia, desde 1989 pesquisadores do Projeto Genoma Humano (HPG), com incentivos financeiros do National Human Genome Research Institute (NHGRI), e através de programas específicos, mantêm estudos para examinar as conseqüências éticas, legais e sociais, os quais resultam em material de suporte para seminários, projetos educacionais e também consórcios de pesquisa.

O Comitê de Bioética da UNESCO emitiu em novembro de 1997 a Declaração sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos do qual se extrai de seu artigo 11:

“As práticas que sejam contrárias à dignidade humana, tais como a reprodução de seres humanos por clonagem, não deverão ser permitidas. Os Estados e organizações internacionais competentes estão convidados a cooperar na identificação de tais práticas e determinar, nacional e internacionalmente, as medidas apropriadas para assegurar que os princípios assentados nesta Declaração sejam respeitados”.

Na Itália, embora não haja leis contra a clonagem, a associação médica nacional adverte que todo membro que trabalhe para clonar um ser humano arrisque a sanções que vão da advertência à expulsão e perda do direito à prática da medicina.

O Brasil apresentou um primeiro posicionamento sobre pesquisas envolvendo seres humanos quando o Conselho Nacional de Saúde aprovou a Resolução nº 196/96, estabelecendo diretrizes e normas regulamentadoras, incorporando sob a ótica do indivíduo e das coletividades, os quatro referenciais básicos da bioética: (I) autonomia (livre consentimento), (II) não-maleficência (garantia de prevenção contra danos), (III) beneficência (ponderação entre riscos e benefícios) e justiça e equidade (garantia de igual consideração dos interesses envolvidos) entre outros, visando a assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado.

Assim, toda pesquisa brasileira que envolva seres humanos deverá obrigatoriamente ser submetida à apreciação do Comitê de Ética e Pesquisa (CEP). E, ainda, pela Lei de Biossegurança (Lei nº 8.974/95) é vedado a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (art. 8º, inciso IV), prevendo a pena de reclusão de seis a vinte anos para os infratores (art. 13, incisos III).

CLONAGEM TERAPÊUTICA E A BIOÉTICA

A polêmica está aberta dividindo a comunidade científica internacional sobre os aspectos éticos e morais da clonagem terapêutica.

Na França, o Comitê de Ética aprovou o projeto de lei sobre a bioética por apenas 14 votos contra 12. A prudência existente nos meios científicos, segundo argumentos do professor Axel Kahn, diretor do Departamento de Genética Molecular de Paris, é que a clonagem é uma técnica que enfrenta ainda grandes obstáculos, utilizando um grande número de óvulos e dessa forma, há um grande risco de se procurar recrutar nos países mais pobres, através dos grandes laboratórios, um rebanho de doadoras de óvulos, ou seja, o risco da comercialização e do tráfico não deve ser descartado. Enfim, afirmou que *“essa espécie de redução progressiva do homem à condição de matéria-prima e de comércio é aterrorizante. É preciso frear essa evolução.”*

CONCLUSÕES

O avanço no conhecimento da genética se deu de forma rápida, uma vez que há, aproximadamente, 100 anos o ser humano já domina as técnicas que alteram, segundo seu arbítrio, as características hereditárias de qualquer ser vivo, incluindo as do próprio ser humano. Mesmo países com graves problemas sociais, como bem demonstra o Brasil, dispõem de recursos financeiros e humanos para avançar na pesquisa genética. O futuro, ao que indica a apropriação deste conhecimento dado no passado, não reserva surpresas quanto ao impedimento ou limitação à biotecnologia e manipulação gênica.

A mídia escrita está envolvida com as questões da genética, divulgando regularmente artigos sobre três temas atuais: genômica, transgênese e clonagem.

Ao contrário do conhecimento do DNA humano (genômica), na maioria das vezes visto como um benefício para a humanidade, a criação de organismos transgênicos e clones é tida como perigosa e ainda pouco compreendida. Vê-se como necessária, portanto, a ampliação da discussão das questões éticas em relação à manipulação genética, assim como das normas existentes sobre as questões genéticas que mais são percebidas como potencialmente prejudiciais pela população.

Apresenta-se, portanto, aos operadores na área jurídica, profissionais direcionados à incansável busca pela preservação da vida e da liberdade, a importância de que estejam atentos às novas proposições legais que venham afrontar a dignidade humana neste momento social em face da evolução da biotecnologia.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos o apoio recebido de Juliana Rink do Centro de Processamento de Dados e de Elenice Brescancini Zambotto do Laboratório de Informática, da Sociedade Padre Anchieta de Ensino S/C Ltda.

Também registramos nossa gratidão à Dra. Rosely Moralez de Figueiredo, Professora Titular da Faculdade de Ciências Padre Anchieta, pelo estímulo e revisão.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, L. *Plantas Transgênicas no Brasil*.

ESTADÃO, *O Estado de São Paulo*.(2000) www.estadao.com.br (8 dez.)

ESTADÃO, *O Estado de São Paulo*.(2001) www.estadao.com.br (18 jan.; 24 jan.; 27 jan.; 16 fev.; 11 mar.; 12 mar.;14 mar.)

FAPESP, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.(2000)*A vitória da ONSA. Pesquisa Fapesp*, n. 55.

FARINATI, A. N.(2001) *Bioética y derecho*. Buenos Aires. www.bioetica.org/doctrina18.htm (13 mar.)

GOLDIM, J. R.(2001) *Clones: aspectos biológicos e éticos*. Texto atualizado em 10/03/2001. www.ufrgs.br/HCPA/gppg/clone.htm (16 mar.)

MARTINS, I.G.S.(2001) *O direito e a bioética*. [www.neofito.direito.com.br / artigos / art01 / juridi28.htm](http://www.neofito.direito.com.br/artigos/art01/juridi28.htm) (16 mar.)

NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE.(2001) About the Ethical, Legal and Social Implications of Human Genetic Research Program. www.nhgri.nih.gov/ELSI/aboutels.html (13 mar)

OLIVEIRA, F.(1995) *Engenharia Genética: o Sétimo Dia da Criação*. São Paulo: Moderna.

_____.(1997) *Bioética: uma Face da Cidadania*. São Paulo: Moderna.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS NACIONAIS:

Lei Federal 8.974 de 5/01/1995 – Lei de Biossegurança, regulamentada pelo Decreto 1.752 de 20/12/1995, acrescida e alterada pela Medida Provisória 2.137-1 de 26/01/2001.

Lei Federal 9.456 de abril/1997 – Lei de Proteção de Cultivares

Lei Federal 9.279 de 14/05/1996 – Lei de Propriedade Industrial alterada pela Lei 10.196 de 14/02/2001

Jurisprudência: Rio Grande Do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1999). Cultivo de Organismo Geneticamente Modificado. (MSE nº 70000027245, Segunda Câmara Cível, TJRS, relator: Dês. Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 06/10/1999)

Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde sobre Pesquisa Envolvendo Seres Humanos

SUZUKI, D. T.; GRIFFITHS, J. F.; MILLER, J. H.; LEWONTIN, R. C. (1992) *Introdução à Genética*. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan.

ZAMUDIO, T. (2001) *Los conceptos de persona y propiedad, la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas*. www.bioetica.org/doctrina29.htm (13 mar.).

_____. *Clonación en Seres Humanos*. Posibilidades de su regulación legal. www.bioetica.org/doctrina30.htm (13 mar.), 2001.

FUNDO DE COMÉRCIO, PONTO COMERCIAL E CLIENTELA

(CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DE UM CASO CONCRETO)

Dalton Toffoli Tavoraro*

Dentre as muitas e complexas questões que o Direito Comercial é pródigo em apresentar, sem dúvida alguma ganham bastante destaque aquelas relacionadas, de modo geral, ao Fundo de Comércio, especialmente face ao pouco desenvolvimento que os estudos de tal matéria têm alcançado em nosso País, até os dias de hoje.

Com efeito, é inegável que o estudo de questões referentes ao assunto ainda sofre com a pouca atenção que lhe têm dedicado até hoje os nossos doutrinadores, assim como é também bastante reduzido o que existe a respeito em nosso ordenamento jurídico. Na verdade, o “Estabelecimento Comercial”, ou “Azienda”, entre nós, tem sido objeto de pouca atenção tanto por parte dos nossos legisladores quanto por parte dos estudiosos da matéria.

A expressão francesa “Fonds de Commerce”, em verdade parece-nos que transmite mais apropriadamente, em sua versão para o português: “Fundo de Comércio”, o que se haverá de cogitar quanto à questão, deixando delineados os múltiplos aspectos subjetivos que se destacam em todo o contexto enfocado, tanto mais quando se procurar alcançar conclusão efetiva no sentido de ficar determinado se a **Clientela** deve integrar ou não o Fundo de Comércio. De se ressaltar que a Clientela, quando viesse a ser considerada como um dos elementos componentes do Fundo de Comércio, evidentemente, deixaria de ser tida como “atributo” da empresa, ou, em outras palavras, um resultado decorrente da qualidade de sua atuação, ao lado do Aviamento (tal como prefere o festejado Rubens Requião), o que ainda maiores complicações traria para o completo e adequado equacionamento das questões suscitadas.¹

Em resumo, certo é que as dificuldades enfrentadas em plano puramente teórico acabam por configurar intrincada problemática quando da apreciação concreta referente a estudos e análises de casos práticos, do que é exemplo marcante o quadro a seguir comentado:

* Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito Pe. Anchieta, de Jundiaí/SP e da Faculdade de Direito do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal – CREUPI – SP.

1. Em sua obra, indispensável, assim se expressa o mestre Rubens Requião: “Saber se o aviamento, como a clientela, se integram diretamente como elemento da empresa, ou se constituem um elemento imaterial do fundo de comércio, não é questão de alta relevância. Resolvemos, assim, na ordem de exposição que vimos adotando, em vista de critério exclusivamente didático, colocar o estudo do aviamento e o da clientela como ATRIBUTOS DA EMPRESA, logo após a dissertação sobre o fundo de comércio”. (“CURSO DE DIREITO COMERCIAL” - Vol. I, Editora Saraiva - 23ª Edição, 1995, página 306).

Questão Analisada: Um “Apart-Hotel” localizado em bairro nobre da cidade, com boa e numerosa clientela, vinha exercendo suas atividades já há bom tempo, oferecendo a seus hóspedes serviços diversos, de boa qualidade, tais como: lavanderia, manobrista para automóveis, serviço de recados telefônicos, academia de ginástica, “room service” etc. Os proprietários (condôminos) das unidades autônomas do edifício, para alcançar os objetivos propostos, haviam-se reunido em “Pool” (conforme o jargão utilizado em tal setor de atividades), entregando a administração das atividades hoteleiras a uma empresa especializada no ramo, a qual deu ao assunto a devida configuração jurídica, mediante constituição de uma sociedade em conta de participação, (inclusive com contrato escrito, firmado por todos os participantes do “Pool”), sendo ela: administradora, a sócia ostensiva, e os condôminos os sócios ocultos, participando todos dos resultados do empreendimento pela forma que entre eles, então, ficou assentada.

O ponto principal, objeto dos presentes comentários, concerne ao Restaurante do mencionado “Apart-Hotel”, localizado na parte térrea do edifício e com saída direta para a via pública, sendo de sua responsabilidade o fornecimento de refeições, lanches, bebidas, café da manhã etc., com atendimento direto aos hóspedes em seus apartamentos (“Room service”), bem como na piscina, e ainda atendimentos em ocasiões específicas: festividades, reuniões, coquetéis, “coffee breaks” etc., realizados nos salões de festas do “Apart Hotel”. Originalmente, as atividades do restaurante em questão eram de responsabilidade do mencionado “Pool” mas certo é que, posteriormente, tais atividades passaram a ser desenvolvidas por uma outra empresa, mediante celebração de contrato com prazo certo de vigência.

À época dos fatos, o prazo de tal contrato já se encontrava próximo do término, cabendo ressaltar que exatamente neste ponto é que se assentam todas as questões que serão aqui enfocadas, dado que, por motivos diversos, ligados à má qualidade do atendimento, decidiu-se que tal contrato não seria renovado e que o restaurante devia retornar ao “Pool”, sendo mesmo negociada a sua exploração através de outra empresa do ramo.

É de se anotar que tal contratação, basicamente, era relativa a um “arrendamento de espaço”, conforme constava do documento que havia sido originalmente firmado pelas partes.

É então, precisamente quanto a tal estado de coisas, que se concretizam as questões aqui abordadas, posto que se pretendeu promover a rescisão do contrato, desde logo, com imediata recuperação da posse do local, sendo certo que a empresa responsável pelas atividades do restaurante não concordou com tais pretensões e dispôs-se a lutar, por todos os meios ao seu alcance, para que respeitados fossem seus alegados direitos.

Na análise deste caso concreto, uma série de questões complexas pode ser levantada, basicamente com referência à locação, fundo de comércio (e clientela), bem como relacionadas à prestação de serviços de natureza diversa, conforme segue, tudo retratando uma complexa situação eminentemente litigiosa e polêmi-

ca, a afastar desde logo qualquer possibilidade de entendimento amigável.

Considerações relacionadas à locação: - O primeiro enfoque que se há de dar à questão em debate é até mesmo de modo natural, direcionado para o campo da locação de imóveis e, mais especificamente, da **locação “não residencial”**, face à ocupação física do local onde exercidas as atividades mercantis do restaurante.

Com efeito, para encaminhamento de tal análise, cabe destacar que o contrato celebrado para a exploração dos serviços do restaurante era de arrendamento de espaço no imóvel, para exercício das atividades do restaurante em questão.

Disso decorreria, segundo a empresa responsável pelo restaurante, a aplicação dos preceitos relacionados à locação de imóveis, na forma do disposto na Lei nº 8.245 de 18/10/1991 e esta, precisamente, constituía a sua linha de argumentação, basicamente invocando a existência de um “Ponto Comercial”, objeto de contrato de locação de imóvel, tanto mais porque havia pagamento de retribuição mensal (aluguel, segundo pretendido) por parte do arrendatário, se bem que de valores mensais variáveis, em função da movimentação ocorrida no mês, quanto a “Room Service”, fornecimento normal de refeições e atendimento a eventos no salão de festas.

Detalhes importantíssimos a serem destacados em tal contexto referem-se ao fato de que o local, no imóvel, destinado ao restaurante, contava com acesso direto e independente para o exterior, de tal modo que qualquer pessoa, mesmo não sendo hóspede do hotel, poderia tomar suas refeições nas instalações do restaurante. É de se notar, ainda, que tal localização do restaurante poderia vir a ser alterada, remanejando-se a sua posição dentro do edifício (aproveitando-se outro local dentre os vários existentes no imóvel) e ainda cabe ressaltar que, no tocante à “clientela”, muito poucos eram, no total mensal, os que não estivessem hospedados no hotel.

Ainda um destaque especial deve ser dado ao fato de que praticamente todos os equipamentos e utensílios (geladeira, “freezer”, fogão, panelas, talheres, mesas, cadeiras, etc.), pertenciam ao “Pool” e deveriam ser restituídos em perfeito estado, quando do final do ajuste.

Não há como deixar-se de mencionar, também, aquele que é, possivelmente, o aspecto mais importante de tal questão, ou seja, a específica previsão que, a respeito de “apart-hotéis” e congêneres, consta da disciplina legal das locações urbanas.

Assim é que, conforme se estabelece no artigo 1º da Lei nº 8.245 de 18/10/1991, as locações dos imóveis urbanos regulam-se pelas suas disposições, exceto aquelas mencionadas no seu parágrafo único, ou seja, locações de imóveis oficiais; de espaços para estacionamento ou garagem; de espaços destinados à publicidade e os arrendamentos mercantis em geral, bem como (§ único do artigo 1º, item 04): as locações “4 – em apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar”.

De acordo com o previsto na lei em tela, os assuntos relacionados às loca-

ções mencionadas “continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais” e, desse modo, não haveria como se admitir no contexto aqui considerado qualquer pretensão no sentido de aplicar-se à matéria a proteção que se dá ao “ponto” comercial, especialmente a possibilidade de ajuizamento, pelo titular do “ponto”, da ação renovatória do contrato de locação com finalidades comerciais/industriais (artigo 51 e seguintes, e 71 e seguintes da Lei nº 8.245/91). No tocante a tal matéria, aliás, sempre será oportuno frisar que o direito à renovação do contrato de locação estende-se, conforme o disposto no § 4º do artigo 51, às locações celebradas por sociedades civis com fins lucrativos, “regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo” (ou seja, o artigo 51 da Lei nº 8.245/91).

Desse modo, o posicionamento assumido pelo empresário, titular do restaurante em tela, poderia ser tido como inadequado e descabido face aos preceitos legais aqui referidos. No entanto, cabe ser ressaltado que, no caso, estaríamos nos defrontando com questões ligadas de maneira específica à proteção dispensada pela lei ao “ponto” comercial, parte integrante da “Azienda” do empresário comercial, sendo certo que as previsões legais examinadas não se referem a tais questões, mas sim, são aplicáveis apenas e tão somente àquelas hipóteses em que a locação tenha como destinatário o “usuário” do apart-hotel ou congêneres, vale dizer: o hóspede. Sob uma tal ótica, a pretensão manifestada pelo titular do restaurante haveria que ser bem considerada, uma vez que, pelo menos a um primeiro e rápido exame, a questão assumiria nítidos contornos de debates ligados, sem dúvida, ao “ponto comercial”, merecedor da proteção dispensada pela lei.

Portanto, face a tais aspectos, o enquadramento dentro dos limites da locação sofreria, de acordo com a sociedade administradora, algumas tantas contrariedades sendo certo, no entanto, que tal era o posicionamento adotado pelos sócios do restaurante, com sua principal argumentação suportada pela alegação de que, no caso, tratar-se-ia de locação de “Ponto Comercial” e que, assim, a questão deveria ser enfocada sob esse prisma, sendo certo que, eventualmente, poderia até mesmo concluir-se pela plena caracterização de uma locação comercial, com possibilidade de ajuizamento da Ação Renovatória, prevista nos artigos 51 e seguintes da Lei nº 8.245/91, já mencionada.

Dessa forma, o comerciante (no caso, o restaurante), teria direito ao “Ponto Comercial” onde se achava instalado e, desse modo, todas as questões em debate deveriam ser enquadradas na Lei de Locações Urbanas – já mencionada, do que resultaria uma conclusão, desde logo: a ação competente para que se recuperasse a posse do restaurante seria a de Despejo, conforme estabelecido no artigo 5º da lei mencionada.

Considerações relacionadas ao Fundo de Comércio - já por um outro prisma, a questão em exame comportaria uma outra série de argumentos totalmente diversos, a excluir a locação de imóvel comercial e, conseqüentemente, a ocasionar a aplicação de preceitos legais diferenciados.

Basicamente, uma tal argumentação estaria apoiada na constatação genéri-

ca de que, na verdade, a contratação não teria por objeto o “Ponto Comercial”, mas sim aspectos destacados referentes ao “Fundo de Comércio” do “Apart Hotel” e, em especial, (e, isto, por descabido que possa parecer à primeira vista), da sua “Clientela”. Com efeito, sob uma tal ótica, a negociação havida não envolveria na realidade o “Ponto Comercial”, uma vez que no caso não seria cabível o exercício de atividades no local, a não ser em função, em benefício, de forma única e exclusiva, dos hóspedes do Hotel! Não haveria como se cogitar em tal contexto de uma liberdade e autonomia que não teriam maior fundamento, uma vez que as atividades do restaurante estariam assentadas exclusivamente no atendimento aos hóspedes do hotel, verdadeira razão de ser e fundamento único da contratação levada a efeito.

Contaria o restaurante, na verdade, com uma verdadeira clientela “cativa” praticamente obrigatória, se é que assim se poderia expressar, a qual seria “cedida” pelo “Apart Hotel”. Na hipótese, portanto, o assunto seria, em verdade, estritamente vinculado a uma “concessão” posta em prática pelo “Apart Hotel” para exercício das atividades do restaurante, em prol dos seus hóspedes. A empresa que responderia pelo restaurante, portanto, seria uma “concessionária” visto que estaria assim, sacramentada a sua condição de responsável pelo restaurante do hotel e, desse modo, legitimamente autorizada a atender à clientela daquele, cujo atendimento, assim, lhe teria sido concedido de forma legítima pelo primitivo titular de tal “clientela”, ou seja, o próprio “Apart Hotel”.

As considerações já anteriormente registradas, quanto à possibilidade de se alterar a localização do “espaço” arrendado, seriam cabíveis para afastar qualquer conclusão no sentido de que tratar-se-ia, no caso, de locação de “Ponto Comercial”. De igual modo, o que já ficou ressaltado quanto aos equipamentos e utensílios (de propriedade do arrendante) reforçariam tal linha de raciocínio, da mesma forma que o atendimento a eventuais “não hóspedes” do hotel configuraria apenas uma confirmação à regra geral, no sentido de que o atendimento sempre seria prioritário à clientela do hotel e a possibilidade do atendimento a não hóspedes seria apenas uma exceção, visando a beneficiar o “concessionário” do restaurante, tanto mais porque o movimento mensal sempre seria, em sua quase total extensão, relativo aos hóspedes, apenas e tão somente.

Uma tal conclusão, portanto, alteraria profundamente o quadro anteriormente traçado, ao considerar-se a possibilidade de locação de “Ponto Comercial”. Numa tal hipótese, certo é que, o que estaria em cogitação, seria apenas e tão somente um ajuste referente a uma “concessão”, em que os preceitos legais relacionados ao contrato de locação já não mais encontrariam guarita, visto que o titular de um “Fundo de Comércio” estaria validamente contratando a cessão de uma pequena parcela de sua “Azienda”, em favor de uma outra empresa, permitindo-lhe, inclusive, prestar atendimento a cliente “cativo”, no tocante a diversas atividades, tais como: lavanderia, serviço de telefonemas e recados, sauna, academia de ginástica etc., e, claro, as atividades do próprio restaurante do hotel, como é o caso ora enfocado.

Preferiríamos, todavia, não chegar à conclusão tão extremada, tanto mais porque, sem dúvida, sempre haveria liberdade de opção por parte do hóspede do hotel, no sentido de procurar em outro local o atendimento específico que desejasse: iria levar ele próprio suas roupas para uma outra lavanderia; tomaria suas refeições em outros estabelecimentos etc.

Mas, sem dúvida, sempre seria de se prever que, em razão de sua maior comodidade e conforto, isto dificilmente ocorreria. Não chegaríamos, no entanto, ao extremo de afirmar que o cliente em tais condições poderia ser considerado parte integrante da "Azienda", algo que fosse como que propriedade do seu titular e, assim, podendo vir a ser objeto de negociação com outros quaisquer comerciantes, quando de transações envolvendo o Fundo de Comércio. Na verdade, é de se lembrar que, todos os bens que integram o Fundo de Comércio, tanto os corpóreos como os incorpóreos, podem ser objeto de negociação, isoladamente ou em conjunto, a bel prazer do seu titular, ou seja, do comerciante que, apenas para sua conveniência, os manterá agrupados em determinada estrutura que, segunda entenda, será a mais adequada a proporcionar-lhe o sucesso mercantil desejado.

Este é o ensinamento dos estudiosos da matéria que sempre colocam em destaque o fato de que a "Azienda" é a verdadeira ferramenta de trabalho do comerciante, o qual é o seu único titular, podendo dispor, alterar, negociar etc, os elementos que a compõem, da forma que entender mais adequada e conveniente.² Sob uma tal ótica, a se considerar a clientela como elemento integrante do Fundo de Comércio, naturalmente seria de se concluir pela perfeita possibilidade de negociá-la com outro, notadamente transferindo-a. Mas isto, naturalmente, não pode ser afirmado assim tão incisivamente, sem exame mais aprofundado da questão, assemelhando-se como inegável o fato de que o freguês ou cliente não "pertence" ao comerciante e apenas se manterá fiel ao estabelecimento se, e enquanto, o desejar. Não seria cabível, assim, pretender-se a sua negociação, eis que, em última análise, sempre seria ele, um cliente ou não, em razão apenas e tão somente, de sua vontade exclusiva.³

2. DYLSON DORIA adota a expressão "estabelecimento comercial", com o mesmo significado que "fundo de comércio" e destaca que entre nós há autores que, por influência da doutrina francesa, preferem esta última, indicando como exemplo, o Profº Fran Martins e referindo que para este, tal preferência se justificaria não apenas pela generalização que o termo vem encontrando, como também "para evitar a confusão que o emprego da expressão estabelecimento comercial gera com a designação casa comercial". ("CURSO DE DIREITO COMERCIAL", Vol. I, Editora Saraiva, 1998, página 125). No mesmo local, sob o título "Noções Gerais", assim se pronuncia o renomado autor: "Para o exercício de sua atividade mercantil, o comerciante se vale de diversos elementos que variam em natureza ou grau, de acordo com o tipo do negócio. Ao conjunto desses elementos, que facilitam a prática da profissão comercial, é que se denomina estabelecimento comercial" (OP. CIT. LOC. CIT). FÁBIO ULHOA COELHO sintetiza adequadamente a questão: "O complexo de bens reunidos pelo comerciante para o desenvolvimento de sua atividade comercial é o estabelecimento comercial" (in "MANUAL DE DIREITO COMERCIAL", Editora Saraiva, 1998, página 59).

3. Conforme FÁBIO ULHOA COELHO: "Outro equívoco reside na consideração da CLIENTELA como elemento do estabelecimento empresarial. Clientela é o conjunto de pessoas que habitualmente consomem os produtos ou serviços fornecidos por um empresário. Embora até seja possível falar-se em direito à clientela, cuja tutela se faz por meio da repressão à concorrência desleal (Colombo, 1979: 172/173), não se deve confundir-la com os bens do patrimônio da sociedade empresária. De fato, não deriva da tutela jurídica a necessária natureza de COISA do objeto tutelado. A proteção jurídica conferida ao empresário, no sentido de não se ver tolhido da clientela conquistada, em razão de condutas condenáveis de seus concorrentes, não significa que essa se tornou propriedade daquele. Muito pelo contrário, a noção de clientela como um objeto de domínio do empresário é imprópria, porque cuida de um conjunto de PESSOAS - a clientela é isso, nada mais-, insuscetíveis de apropriação para o direito em vigor". ("in" "CURSO DE DIREITO COMERCIAL", Vol. I, Editora Saraiva, 1998, página 96).

Frente às peculiaridades da questão examinada, porém, ao menos em um primeiro instante seria cabível fixar-se o entendimento de que o restaurante em questão não se caracterizaria exatamente, como uma atividade desenvolvida por um comerciante em um certo e específico local (“Ponto de Comércio”), onde deveria ele batalhar e angariar freguesia para alcançar sucesso em seu empreendimento, dado que, como evidenciado ficou, contaria ele, desde logo, com uma clientela praticamente constante e, mesmo, quase que obrigatória, fosse qual fosse a qualidade de seu atendimento e a eficiência de sua organização empresarial (ou seja, o seu “aviamento”, enfim) que, tal como a clientela, deverá ser considerado como uma qualidade (“atributo”, como quer Rubens Requião) do comerciante, e não como elemento integrante da “Azienda”.⁴

Sob um tal enfoque, portanto, não haveria de se cogitar da existência de um “Ponto Comercial” mas sim, de atividades desenvolvidas por um “concessionário” que, desse modo, não estaria submetido às regras da locação de imóveis, com caracterização de locações comerciais / industriais e direito à ação renovatória, quando atendidos os requisitos legais. Não estaria alguém a alugar um imóvel para atividades mercantis, mas sim, transferindo a um comerciante, o atendimento à sua clientela, no tocante a certos e específicos aspectos, sem possibilidade de afirmar-se que estaria a transferir a própria clientela, ou nem mesmo o local específico para o seu atendimento.

Num tal contexto, portanto, não haveria que se falar em despejo e nem em legislação relativa à locação de imóveis o que, sem dúvida, resultaria em condições apropriadas para obtenção de mais rápida solução do conflito, ao menos em princípio, através da adoção de medida judicial relacionada à proteção possessória.

CONSIDERAÇÕES RELACIONADAS A CONTRATAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Por uma outra ótica, bem mais singela e simplificada, no caso em questão não existiria qualquer conotação relacionada à locação de imóveis e nem qualquer vinculação relacionada a elementos integrantes do Fundo de Comércio, mas sim, apenas e tão somente, uma simples contratação de serviços ajustada entre duas empresas comerciais. Ou seja, numa operação que poderia ser chamada de

4. O magistério de FRAN MARTINS, que prefere utilizar o termo “freguesia” em lugar de clientela, a respeito de tão intrincada questão, se mostra bastante elucidativo: “Como elemento do aviamento, com um valor tão destacado que alguns autores o consideram como um bem isolado do aviamento, encontra-se a FREGUESIA, ou seja, o conjunto de pessoas que habitualmente fazem suas compras no mesmo estabelecimento comercial. Na realidade, a freguesia depende do aviamento, sendo assim, uma consequência desse, não se concebendo um estabelecimento bem afreguesado, se não for bem aviado, ou seja, se não contar com um aparelhamento capaz de atrair os fregueses. Sendo a freguesia o elemento consumidor para o qual constantemente se voltam as atenções do comerciante, já que o sucesso do negócio está diretamente ligado à clientela, verifica-se que todos os esforços do comerciante ao aparelhar seu estabelecimento comercial se dirigem para esse elemento, razão pela qual se pode dizer que o fundo de comércio é um conjunto de elementos constituídos pelo comerciante no sentido de tornar seu estabelecimento capaz de atrair a freguesia”. (Curso de Direito Comercial, 15ª edição, Ed. Forense, 1990, página 527)

“Terceirização”, o Hotel transferiria para outrem o atendimento aos seus hóspedes, no que se relacionasse a serviços de quarto, lanches, refeições etc., mediante a retribuição e as condições fixadas em contrato.

Desse modo, a firma “Terceirizada” teria o encargo de atender aos hóspedes do Hotel, (bem como, eventualmente aos não hóspedes), no que se refere ao fornecimento de alimentos e bebidas, fazendo jus, pela prestação de tais serviços, a uma retribuição contratada. No entanto, poder-se-ia até mesmo imaginar-se que faria jus à diferença entre o valor cobrado diretamente de cada qual, e o valor que haveria de pagar, mensalmente ao Hotel, em razão da negociação ajustada (numa tal hipótese, porém, parece inegável que já não se trataria mais de prestação de serviços, mas sim, de um outro qualquer ajuste).

Efetivamente, uma tal conceituação sofreria objeções de grande peso por não se estabelecer, no caso, um pagamento mensal a ser efetuado ao prestador de tais serviços, em favor do Hotel. Tal aspecto, sem dúvida, favorece muito mais a caracterização de qualquer outro tipo de negociação e não a prestação de serviços, visto que a remuneração que haverá de ser paga ao prestador de serviços é o que melhor configurará a existência de uma tal contratação e isto, na hipótese considerada, não se apresentaria de maneira tão clara que impossibilitasse o surgimento de ponderáveis dúvidas e incertezas.

De qualquer modo, a hipótese é aqui considerada para maior abrangência da análise empreendida, uma vez que, na verdade, a prestação de serviços examinada seria cabível em hipóteses como a ora analisada, em que o caráter eminentemente civil da contratação estaria evidenciado, não se caracterizando, ao menos em princípio, qualquer atividade mercantil da prestadora de tais serviços.

A situação considerada, inclusive, poderia ser também constatada em casos nos quais o próprio “Apart-Hotel”, estaria transferindo a outrem algumas tantas outras atividades específicas, tais como, lavanderia, estacionamento de veículos e manobristas, segurança, academia de ginástica etc.; certo é, no entanto, que somente a análise aprofundada de cada uma dessas hipóteses poderia conduzir o observador a conclusões mais fundamentadas, quanto ao caso como aqui descrito, pois, na verdade, inexistem condições para se pretender equacionar a pendência sem maior aprofundamento na questão de fato.

Não se poderão deixar de mencionar, ainda, algumas outras tantas situações em que as mesmas questões já aqui enfocadas far-se-ão presentes de modo destacado. É o que entendemos no tocante às hipóteses em que, por exemplo, uma fábrica que tenha instalações para restaurante em seu prédio, venha a entender que não lhe será conveniente a exploração do fornecimento de refeições, de forma direta, a seus empregados. Ou ainda, o colégio ou escola em que os serviços de uma lanchonete seriam confiados a outras pessoas, ou também, o cinema ou teatro, que acaso procedesse do mesmo modo.

Como se pode notar, são diversas situações e hipóteses em que, ao que se

pode fixar de início, o objeto principal da transação, seria o atendimento que se haveria de prestar ao cliente, ou freguês, e em que o comerciante, praticamente, estaria “passando” sua freguesia ou clientela, para um outro comerciante sem, no entanto, deixar de manter a sua vinculação original com o freguês, uma vez que sempre lhe seria possível retomar a sua clientela original, retornando ao relacionamento primitivo existente entre ambos.

No que tange, aliás, à possibilidade (ao menos em tese) de que o comerciante “negocie” sua freguesia, é bastante comum verificarmos em jornais de grande circulação, propostas comerciais de transferência de “linha de pão e leite” ou ainda de “linha escolar” em que, pelo menos, num primeiro exame, poder-se-ia ter como caracterizada a transferência de freguesia de um para outro, sendo certo, no entanto, que uma principal dúvida ficaria evidenciada em tais situações: tratar-se-ia no caso de atividades comerciais ou meramente de prestação de serviços? Como se torna evidente, o posicionamento adotado quanto à natureza comercial ou cível da questão (em função de se tratar de simples prestação de serviços) é que iria dar a tônica dominante para elucidação da dúvida, isto, claro, se for deixada de lado a importantíssima questão relativa ao incessante “extravasamento” do Direito Comercial sobre áreas do Direito Civil, com assento, especialmente, no conceito de “empresa” predominante nos dias atuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao invés de aqui procurarmos fixar “Conclusões” quanto às questões examinadas, preferimos registrar nossas observações finais, posto que, efetivamente, em matéria assim tão complexa como tão multi-facetada, assemelha-se como bem mais adequado evitar-se a fixação de regras amplas a sofrerem objeções e contestações em cada passo, frente às características e detalhes de cada caso concreto.

Desse modo, face a todas as considerações já anteriormente consignadas, parece-nos apropriado ressaltar que, efetivamente, deverá ser evitada qualquer afirmação no sentido de que, em casos como o aqui relatado, seria preponderante o aspecto jurídico relacionado à locação. Com efeito, assemelha-se-nos como bem mais apropriada em situações que tais, a afirmação de que o aspecto primordial da contratação não é o “ponto comercial”, mas sim, o atendimento a um grupo ou conjunto de consumidores de um determinado produto ou serviço, consumidores estes que, por circunstâncias várias, praticamente se verão compelidos a utilizar-se ou adquirir aqueles bens ou produtos que estejam mais próximos, mais fáceis e mais cômodos. Não se chegaria ao extremo de se afirmar que estariam eles “obrigados” a tal ou qual consumo, mas a realidade é que, sem dúvida, a situação seria bem próxima a isto (ressalte-se que, a se afirmar que efetivamente estariam “obrigados” a tal consumo, estar-se-ia, do mesmo passo, a proclamar-se que a cliente-

la poderá ser repassada de um comerciante para outro...).⁵

Adotado um tal posicionamento, efetivamente o desdobramento das situações previsíveis não poderia conduzir à aplicação dos preceitos legais relativos à locação imobiliária, notadamente no que tange à proteção que o Direito confere ao “Ponto” onde se realizam os negócios do comerciante. A possibilidade de ajuizamento de Ação Renovatória, portanto, há que ser tida como bastante remota a menos que se demonstre cabalmente que, ao contrário do quanto aqui consignado, o principal objetivo de negociação teria sido o “ponto” comercial o que, sem dúvida, entendemos ser muito difícil de ficar caracterizado, uma vez que somente a atividade plena no mercado é que poderia conduzir a tanto. Com isto queremos dizer que, em casos como o considerado, na verdade, não estará havendo efetiva atuação mercantil, nem “disputa pelo freguês”, uma vez que, como ressaltado ficou, este poderá até mesmo ser tido como “cativo” do comerciante.

Caso, porém, a freguesia do estabelecimento seja maior, ou mais volumosa, referentemente a fregueses de “fora”, (ou seja, os não hóspedes do hotel), aí então, realmente, a questão terá assumido contornos diferenciados, tanto mais porque, com toda a certeza, o estabelecimento será facilmente acessível do “ exterior”, o que resultará na possibilidade de que o “Ponto” se torne procurado, conhecido ou até mesmo renomado, como local onde se come bem, ou em que se é bem atendido.

Tais condições, aliadas à utilização de equipamentos, utensílios, móveis etc., próprios e não cedidos, poderá com segurança indicar a existência de um comerciante atuando em regime de concorrência franca e regular.

Numa tal ordem de idéias, estaremos, portanto, sustentando, em última análise, que apenas caracterizar-se-ia uma plena atividade comercial caso o comerciante tivesse que batalhar para angariar sua freguesia em confronto com outros estabelecimentos congêneres, ou, em últimas palavras, caso houvesse competição ou concorrência, na luta pela obtenção de clientela. Sem que as atividades de atuação no livre mercado se fizessem presentes, estaríamos concluindo que não haveria desenvolvimento de um verdadeiro “ponto” comercial que merecesse a proteção legal que, durante tantos anos, foi proporcionada pela chamada “Lei de Luvas”, cujos preceitos hoje se acham incorporados à vigente legislação de locações urbanas, a mencionada Lei nº. 8.245 de 18/10/91.

5. Em seu recente “Manual de Direito Comercial”, o Profº Ricardo Negrão aborda o assunto pelo prisma da venda do estabelecimento empresarial, consignando que: “Entretanto, não sendo coisa, a clientela, não pode ser objeto de direito, isto é, não pode ser vendida ou transferida. É impróprio, pois, falar-se em CESSÃO DE CLIENTELA, expressão muitas vezes utilizada em contratos de venda de estabelecimento empresarial”. (Ed. Bookseller-Campinas, 1999, pg. 134).

O magistério de Darcy Arruda Miranda Junior é do mesmo teor: “Admitir-se a clientela como objeto de direito importaria negar a liberdade jurídica do consumidor. A clientela é, apenas, um elemento de fato, e o que o direito pode fazer é tão somente disciplinar os meios tendentes a atraí-la e a conservá-la.” (in “Curso de Direito Comercial”, Vol. I, Ed. Saraiva, 6ª Edição, 1987, página 148). Conclui a seguir, o mesmo autor, apoiado em Walter Alvares e Miranda Junior, conforme “notas” nº 23 e 24: - “Como nenhum direito tem o comerciante à clientela, dado que não se pode restringir a sua liberdade de escolha, como já vimos, é óbvio que o negócio jurídico conhecido por cessão de clientela não pode ser entendido senão como uma obrigação assumida pelo vendedor de não fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento (23), obrigação essa, que deve ser limitada no tempo e no espaço (24)”.

Desse modo, descaracterizado o “Ponto” Comercial e afastada a aplicação da legislação sobre locações, poderíamos identificar uma prestação de serviços, devidamente ajustada até mesmo numa operação de “terceirização”, tão em voga hoje em dia, ou ainda uma transação entre comerciantes, com finalidades comerciais, tendo por objeto, em um ou outro caso, uma negociação envolvendo um, ou alguns, elementos componentes do “Fundo de Comércio” de um dos contratantes.⁶

Para a caracterização de contrato de prestação de serviços, essencial será investigar-se a forma de remuneração do serviço prestado, uma vez que a correspondência entre o trabalho prestado e a sua remuneração será, naturalmente, bastante diferenciada daquela hipótese em que haja pagamento do titular primitivo do “Fundo de Comércio” para aquele que irá exercer tal ou qual atividade, quando estaremos frente a uma Prestação de Serviços. Se, por outro lado, qualquer tipo de pagamento ficar ajustado, por parte daquele que irá exercer atividades quaisquer, em favor do primitivo titular do Fundo de Comércio, aí então, estaremos frente a uma transação eminentemente comercial, em que uma das partes, mais do que prestar serviços a alguém, estará, isto sim, batalhando e disputando palmo a palmo o sucesso em seus empreendimentos com os seus concorrentes naturais (sem que, todavia, tais questões envolvam o “ponto”, conforme consignado).

A postura adotada em uma ou outra situação será, com certeza, um elemento destacado a ser considerado devidamente, em que, sem dúvida, um prestador de serviços estará executando determinada atividade, em função de parâmetros ou de normas especificamente emanadas da parte que contratou a prestação de tais serviços, dado que sempre deverá existir uma subordinação, ao passo que, na outra hipótese, com certeza, não haverá lugar para quaisquer “ordens”, pois haverá de prevalecer a capacidade e a competência próprias e específicas da parte interessada que, claro, adotará normas, critérios e padrões próprios e exclusivos.

6. É importante que não se percam de vista as características específicas do Direito Comercial, principalmente devendo sempre ser lembradas suas peculiaridades diferenciadoras do quanto se observa no direito comum. Como destaca FRAN MARTINS: “Ainda como peculiaridade dos contratos comerciais teríamos a citar os meios de provas. Enquanto a prova no direito civil é feita segundo princípios rígidos, no direito comercial ela é admitida com maior flexibilidade e rapidez, amparada sempre na boa-fé dos contratantes”. E, a seguir, apropriadamente, observa: “Tudo isso, naturalmente, decorre da natureza progressista do direito comercial, em face do desenvolvimento do comércio e da crescente rapidez com que este se faz. Sendo o direito comercial um direito em perene transformação, ligado essencialmente às contingências econômicas, políticas e sociais do mundo, os contratos mercantis necessariamente têm que se adaptar a essa variabilidade, muitas vezes sendo forçados a fugir às regras formais do direito civil”. (“Contratos e Obrigações Comerciais”, Ed. Forense, 1990, página 78). Com base em tais considerações, torna-se até mesmo cabível admitir-se a negociação envolvendo a clientela do comerciante, ao menos em casos muito específicos, como, à toda evidência, ocorre naquele aqui examinado. Talvez uma ousadia possivelmente constatável em uma tal afirmativa venha a ser objeto de repúdio e de contestações, mas, até mesmo isto não estaria em perfeita consonância com o “espírito” do direito, já não mais comercial, mas sim, (hodiernamente mais adequado), empresarial?

DENUNCIÇÃO DA LIDE EXISTÊNCIA OU NÃO DE RECONHECIMENTO IMPLÍCITO DO PEDIDO PELO DENUNCIANTE

Mauro Alves de Araujo*

1 • O tema do presente estudo foi objeto de discussão em sala de aula, após o prof. dr. Renan Lotufo havê-la fomentado. O ilustre professor levantou a questão de ser o exercício do direito da denunciação da lide uma forma de reconhecimento implícito do pedido; não ser aplicável no caso o princípio da eventualidade e o disposto no instituto jurídico da resposta do réu. Assim, aqui, como também argumentado ao nobre professor Lotufo, a matéria deve ser analisada sobre o princípio do contraditório, especialmente a ampla defesa, mais, consoante os princípios da economia e da celeridade processual.

Para tanto, imperiosa uma breve explanação sobre os institutos jurídicos da denunciação da lide e resposta do réu, bem como, dos princípios da eventualidade, do contraditório, da celeridade e da economia processual. Procurar-se-á ser breve e conciso, seja pela limitação de espaço para o presente estudo, seja pela sua própria finalidade.

2 • É cediço que a denunciação da lide tem natureza jurídica de ação, que visa ao exercício do direito de regresso de forma secundária e eventual, tanto pelo autor, como pelo réu¹, Ou seja, sempre que presente uma das hipóteses do artigo 70 do CPC, o autor ou réu poderão, na hipótese de garantia imprópria, vinculada apenas à responsabilidade civil, prevista em parte do inciso II, e no inciso III, do referido artigo 70, e deverão, na hipótese de garantia própria, formal, vinculada ao direito de evicção, inciso I, e parte do II, do mesmo artigo², denunciar a lide ao obrigado a ressarcir em direito regressivo o denunciante, se este sucumbir na ação principal.

* Advogado, Professor de Processo Civil na Graduação da Faculdade Padre Anchieta, em Jundiá; na PUC/SP e na FIG, em Guarulhos, onde também é coordenador do anexo do JEC e do Curso de Pós-Graduação. Mestre em Processo Civil e Doutorando em Direito Civil, ambos pela PUC/SP.

1. Neste sentido: Arruda Alvim, in *"Manual de Direito Processual Civil"*, v. 2, 5ª ed., RT, pp. 149/155; Athos Gusmão Carneiro, in *"Intervenção de Terceiros"*, 7ª ed., Ed. Saraiva p. 67; José Frederico Marques, in *"Manual de Direito Processual Civil"*, v. 1, 2ª ed., atualizada por Wilson Rodrigues Alves, Ed. Millennium, p. 448; Luiz Rodrigues Wambier, in *"Curso Avançado de Processo Civil"*, v. I, RT, p. 261; Hélio Tornaghi, in *"Comentários ao Código de Processo Civil"*, v. I, RT, p. 260; Ernane Fidélis dos Santos, in *"Manual de Direito Processual Civil"*, v. 1, 6ª ed., Ed. Saraiva, pp. 94; Celso Agrícola Barbi, in *"Comentários ao Código de Processo Civil"*, v. I, 3ª ed., Ed. Forense, p. 334; Ovídio A. Baptista da Silva, in *"Curso de Processo Civil"*, v. I, 4ª ed., RT, p. 297

2. Para não perder o direito de regresso, na hipótese de evicção, por imposição do artigo 1116 do Código Civil. Se a hipótese for de direito de regresso decorrente de responsabilidade civil, poderá este direito ser exercido, ainda que não haja a denunciação, em ação autônoma, sujeitando-se, entretanto, a eventuais exceções que o responsável pudesse oferecer na outra ação

Cria-se, com a denunciação, uma “*secundum litis*”, entre uma das partes da ação principal e um terceiro, com causa de pedir diversa da principal, mas cujo conhecimento é dependente do resultado daquela. Poderá o terceiro, com a denunciação, tomar 03 (três) atitudes distintas: (a.) ingressar nos autos para opor-se ao denunciante (direito próprio do denunciante objeto da intervenção forçada); (b.) ingressar nos autos para opor-se a outra parte da ação principal, seja ao lado do denunciante, seja contrário à defesa por este manifestada nos autos; e, (c.) manter-se inerte, reconhecendo implícita ou explicitamente o pedido do denunciante.

O terceiro, na denunciação da lide, pode assumir posição contrária a do denunciante, pois pode buscar elidir a responsabilidade que lhe é imputada pelo denunciante. O problema é sobre se esta defesa antagônica a do denunciante é possível, sob o ponto de vista jurídico processual, considerando o direito próprio do denunciado de exercer a ampla defesa, constitucionalmente assegurada, sem restrições, com amparo, inclusive, da norma infraconstitucional, artigo 350 do CPC, aplicável por analogia.

3 • Deve-se analisar a questão, considerando que o denunciante, ao provocar a intervenção do terceiro, “*ad argumentandum*”, reconheceu implicitamente o pedido, conforme insuflado pelo prof. Lotufo, a situação do magistrado sentenciante será no mínimo inusitada, pois deverá condenar o denunciante, por força do artigo 269, II, do CPC, sem permitir a produção de prova, requerida pelo denunciado para inibir o fato constitutivo do autor. Vejam, a princípio, o autor tem o ônus da prova de seu direito, artigo 333, I, do CPC, porém, fica dispensado deste ônus diante da incontrovérsia do fato, artigo 334, III, do mesmo Diploma Legal, desde que não presente uma das hipóteses do artigo 302 do mesmo “*Codex*”, e ao denunciado é defeso fazer a contra-prova, por força da mesma incontrovérsia.

Ao contrário, se admitirmos que há a possibilidade de o denunciado produzir provas a inibir o fato constitutivo do autor, embora incontroverso o fato pelo reconhecimento implícito do denunciante com a intervenção provocada, estaremos diante de ofensa aos princípios da economia processual e da verdade formal (vigente no processo civil) ³.

Imperioso consignar que estamos analisando, neste tópico, a hipótese de o réu não haver contestado o mérito - não opondo resistência ao pedido, assumindo uma postura de aceitação própria do pedido, cujo reconhecimento alcança o direito e não apenas os fatos ⁴ -, restringindo-se à denunciação da lide. Isto porque, se o réu houver denunciado à lide e atacado o mérito através de contestação, entende-se que não houve reconhecimento do pedido, ainda que implícito, pois a resposta, no seu conjunto, é contraditória ao pedido, artigo 302, III, do CPC ⁵, o que permite ao denunciado defender o seu interesse juntamente com o do denunciado, como

3. Neste diapasão, o magistério de Luiz Rodrigues Wambier, ob. cit., p. 484

4. Luiz Rodrigues Wambier, ob. cit., p. 427

5. Ibidem, p. 378

se fosse uma assistente litisconsorcial do denunciante ⁶.

4 • Portanto, resta-nos analisar os princípios da eventualidade, do contraditório, da celeridade processual e da economia processual, para tentarmos concluir o tema. O princípio da eventualidade representa a necessidade de o réu alegar, no prazo de resposta, “*toda a matéria de defesa*” que entender cabível quanto ao mérito, ainda que incompatíveis entre si, artigo 300 do CPC, evitando a preclusão de seu direito de defesa ⁷.

Poder-se-ia dizer que diante deste princípio, o réu, além da denunciação à lide, oferece contestação ao mérito do pedido, e, se não fosse a contradição ao pedido existente no conjunto probatório a afastar o reconhecimento, implícito - “*ad argumentandum*” - na denunciação à lide, há o fato de não ser a intervenção de terceiro uma forma de defesa, mas sim o exercício de um direito de ação ⁸, exercido juntamente com a defesa, não se confundindo, portanto, com nenhuma das formas de defesa.

As formas de resposta previstas no nosso direito processual civil, artigos 297/318 do CPC, são: (**a.**) contestação, cuja defesa pode ser direta (nega os fatos alegados) ou indireta (aceita os fatos alegados, oferecendo, entretanto, uma das exceções substanciais); defesa processual própria (também chamada peremptória, que extingue o processo sem julgamento do mérito) ou imprópria (também chamada de dilatória, que não extingue o processo, apenas o paralisa, até a sanação da irregularidade); (**b.**) exceção (incompetência relativa; impedimento ou suspeição); e, (**c.**) reconvenção (direito de ação em relação ao autor).

Infere-se de tanto, que a intervenção de terceiro forçada, em análise, como qualquer outra das intervenções, não é, na acepção da palavra, uma defesa da parte em relação à outra parte, mas sim o exercício de um direito de ação, eventual, face o terceiro, o que afasta uma possível ofensa ao princípio da eventualidade.

Neste sentido, o magistério do nobre professor Arruda Alvim ⁹ : “*Tratar-se-ia de exceção, portanto, ao princípio da eventualidade da defesa, se a denunciação fosse matéria de defesa, mas, em realidade, configura ela a propositura de ação, do denunciante contra o denunciado*”.

Daí porque, não restam dúvidas quanto ao direito do réu e do próprio denunciado produzirem provas a afastar o direito do autor, eis que atuam em litisconsórcio, não importando se o denunciante reconheceu ou não o direito da parte contrária na ação principal, artigo 48 do CPC.

Imperioso consignar que esta forma de litisconsórcio é anômala à prevista no CPC, artigos 46/49, pois substancialmente diferentes, eis que a parte plúrima - oriunda da denunciação à lide - não decorre de uma mesma ação, mas sim da

6. Diz-se como se fosse assistente litisconsorcial, por, na realidade, a lei considerá-lo como litisconsorte, que, tecnicamente é incorreto, conforme se demonstrará adiante

7. Luiz Rodrigues Wambier, ob. cit., p. 377; CPC Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa M. A. Nery, 3ª ed., RT, nota 1 ao art. 300

8. Conforme doutrina citada na nota 1

9. Ob. cit., p. 151

junção da ação originária com a secundária¹⁰. Aliás, na hipótese de denunciação decorrente de responsabilidade civil, nenhuma relação jurídica há entre o denunciado e a parte adversa do denunciante¹¹.

Ocorre, entretanto, que com a denunciação à lide, sem defesa ao mérito, ou com defesa deficiente (sob a ótica do denunciado), constata-se uma anomalia processual, pois, nos termos do artigo 71 do CPC, se o denunciante for o réu, deve fazer esta denunciação no prazo de contestar, somente se tratando da suspensão do processo com a apreciação desta denunciação e determinação da citação, artigo 72 do CPC, quando já consumado o prazo de resposta. Isto representa uma preclusão consumativa do prazo de resposta, se oferecida, ou a revelia, se inexistente qualquer das formas de resposta, nos termos do artigo 183 do CPC.

Em ambas as hipóteses, não haveria de se falar em prazo de defesa ao denunciado para o pedido principal, pois, teoricamente, a preclusão consumativa ou temporal já se operou, diante da não suspensão do processo até a determinação da citação do denunciado¹². Mas, por força de uma interpretação lógica do artigo 75, I, do CPC, o denunciado, aceitando a denunciação, pode contestar o pedido (obviamente o principal), formando-se uma espécie de litisconsórcio diverso do instituto previsto no CPC¹³, que afasta a preclusão consumativa ou temporal da defesa oferecida pelo denunciante.

Há, neste caso, uma cisão da defesa: uma assegurada ao réu, que pode ou não exercê-la, bem como fazê-la de forma deficiente; outra do denunciado, quando, invariavelmente, já ocorreu a preclusão temporal para o réu-denunciante, oferecida em ação autônoma, por quem nem mesmo é parte, sob o aspecto material, na relação principal.

Isto, também ocorre - além do fato de ser um direito assegurado por norma processual - em respeito ao princípio do contraditório. De outra forma, o denunciado teria o seu direito constitucional de ampla defesa tolhido, por ser obrigado a responder por um direito de regresso, sem a possibilidade de questionar o primitivo fato constitutivo deste direito.

É possível que este fato constitutivo não tenha nenhuma relação substancial com o denunciado, *v.g.*, no caso de responsabilidade civil decorrente de contrato de seguro, mas o mesmo fato, se reconhecido por sentença, produzirá efeitos indiretos ao denunciado, daí o seu direito de oferecer defesa ao mesmo, equiparando-se a litisconsorte, e reabrindo-se o prazo de resposta.

10. Luiz Rodrigues Wambier, *ob. cit.*, p. 261;

11. Hélio Tornaghi, *ob. cit.*, p. 262

12. O prof. Athon Gusmão Carneiro (*ob. cit.*, p. 83) suscita uma interessante situação, onde "o réu, citado, requer tão-somente a denunciação da lide, abstendo-se de, na mesma oportunidade, apresentar contestação" e a citado do denunciado é determinada antes de consumado o prazo de defesa, o que, em tese, implicaria em prazo a sobejar, que permitiria a defesa posterior do denunciante. Conclui o nobre professor gaúcho pela impossibilidade, pois com o não oferecimento da defesa no prazo ocorreu a preclusão consumativa, com o reconhecimento implícito do pedido, mas não o efeito da revelia, por força do artigo 320, I, do CPC. Com o devido respeito à autoridade deste professor e ministro da mais alta Corte Infraconstitucional, ousa-se discordar do mesmo, pois, neste exemplo, não há preclusão, seja consumativa, por inexistir qualquer das formas de resposta, seja temporal, diante do prazo restante quando da suspensão.

13. *V. nota 10*

Mesmo porque, de outra forma, se não se aceitasse a possibilidade do denunciado atacar o fato constitutivo do direito reclamado na ação principal - ainda que esta possibilidade, embora legal, seja contrária aos institutos processuais da defesa, prazo e litisconsórcio - restariam ofendidos os princípios da celeridade processual e da economia processual.

O primeiro, pelo fato de, se não aceito ao denunciado o direito de atacar o fato constitutivo da parte adversa na ação principal, ser possível a este intervir no processo como assistente litisconsorcial, na forma do artigo 54 do CPC, e, sendo condenado o denunciante por falha ou falta de defesa, isentar-se-ia o denunciado dos efeitos da sentença, para posterior discussão da justiça da decisão, em processo autônomo, artigo 55, I, do mesmo "Codex". Com certeza, isto importaria em maior volume de processos no já atabalhado Poder Judiciário, prejudicando não só a celeridade processual entre as partes envolvidas, como, também, a outros que buscam a solução de seus litígios.

A economia processual restaria ofendida pelo fato de não haver nenhum prejuízo processual ou material à parte adversa da ação principal com a formação anômala de litisconsórcio na denunciação à lide, e reabertura do prazo para defesa quando já ocorrente a preclusão - consumativa ou temporal, ou ambas - de tal, máxime, diante da possibilidade de o denunciado poder, de outra maneira, discutir a questão não só na esfera recursal, mas também em processo autônomo.

5 • Concluindo, pode-se dizer que, embora a denunciação da lide entre em conflito direto com os institutos jurídicos que disciplinam a defesa, o prazo e o litisconsórcio, não há, na simples denunciação à lide, um reconhecimento implícito do pedido por parte do denunciante, por duas razões de direito: **UMA**, a resposta ofertada pelo denunciante pode representar, no conjunto, uma contradição aos fatos, artigo 302, III, do Estatuto Processual vigente; **DUAS**, a denunciação à lide não é uma forma de resposta - portanto não aplicável o princípio da eventualidade - e nem de confissão, institutos jurídicos distintos, e cuja finalidade está bem delineada pela doutrina e jurisprudência, ou seja, assegurar o direito de regresso se sucumbir na principal.

Nem se houver deficiência na defesa da ação principal, ou mesmo falta desta, embora denunciada à lide, há de se falar em reconhecimento do pedido a inibir o denunciado de rebater a ação principal, sob pena de ofensa aos citados princípios do contraditório, celeridade processual e economia processual. Ressalte-se que o conflito existente neste caso com os institutos jurídicos da defesa, prazo e litisconsórcio, é aparente, pois a solução para esta antinomia é alcançada utilizando-se (**a.**) a mais econômica no sentido hermenêutico, ou seja, a denunciação não ofende o direito da parte adversa; (**b.**) o mais aplicável ao caso concreto, cuja norma processual, especial em relação àqueles institutos, permite a não aplicação destes institutos.

Ademais, a denunciação à lide, como exercício de um direito de ação, "*secundum litem*", obrigatória na hipótese de evicção, não pode incorrer, por si só, no ato jurídico da confissão, sob pena de inibir aquele direito de ação, também assegurado por norma constitucional.

Parece-nos, entretanto, que a melhor solução para evitar estas possíveis celeumas na discussão do processo, seja uma reforma legislativa para dar à denunciação da lide, e por conseguinte ao chamamento ao processo, o mesmo tratamento que é dado à nomeação à autoria, ainda que reduzindo o prazo para tanto.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO ECOLÓGICO

Sulaiman Miguel Neto*

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil por dano ecológico ocupa nos dias atuais uma importância que não era vista em outros tempos. É certo que a preocupação se acentuou na exata medida de haver-se tornado evidente que o crescimento econômico e até a simples sobrevivência, a da espécie humana, não podem ser pensados sem o saneamento do planeta e a administração inteligente dos recursos naturais.

Nessa seqüência, regras jurídicas que viessem a garantir o cuidado adequado ao meio ambiente, passaram a incorporar todas as legislações, premidas pelos levantamentos científicos e pelos alertas oriundos de instituições e dos grandes conchaves, levados a efeito em todo o mundo. O reconhecimento pela comunidade das nações dos sinais da crise evidenciaram a necessidade de urgente faxina nos locais sujos, insalubres e desarrumados.

A necessidade de restauração e a preservação do equilíbrio ecológico passaram a ser aceitas pacificamente como questão de vida ou morte. Os riscos globais, a extinção de espécies animais e vegetais, assim como a satisfação de novas necessidades em termos de qualidade de vida, deixam claro que o fenômeno biológico e suas manifestações sobre o planeta estão perigosamente alterados.

Tanto assim, que o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, realizou um levantamento da situação ambiental da Terra no período compreendido entre os dois megaeventos patrocinados pela ONU, o primeiro em Estocolmo (1972) e o segundo no Rio de Janeiro (1992), inicia o relatório do balanço realizado, ponderando que o planeta está sitiado, nunca esteve tão sujo e doente, o ar está cada vez mais contaminado, a água está mais escassa, a área florestal menor, os desertos maiores e o patrimônio genético experimentando degradação de tal ordem, que colocam em risco nossas civilizações. Assim, ficou atestado que os cinco bilhões e trezentos milhões de habitantes, sobretudo um bilhão nos países mais abastados, estão fazendo mau uso dos recursos naturais e sobrecarregando seriamente os ecossistemas da Terra.

Valendo considerar que a avaliação dos avanços realizados na área ambiental nos cinco anos seguintes a ECO-92, mostrou que os remédios propostos naquela oportunidade, não funcionavam ou sequer foram ministrados. As iniciativas revelaram-se tímidas e impontuais, deixando pendentes os desafios na busca do desen-

* Professor de Direito Agrário no curso de Direito das Faculdades Padre Anchieta de Jundiá.

volvimento sustentável. Justificando as ponderações feitas na oportunidade pelo então Presidente da União Soviética, Mikhail Gorbachev, de que dentro de 30 ou 40 anos, se permanecerem as proporções da época, as mudanças na biosfera serão irreversíveis, porque influirão na auto regulação do sistema no planeta, sem que tenhamos meios de restaurá-lo.

Nesse passo, as atividades destrutivas devem ser restringidas ou a degradação ambiental pode tornar-se ameaça endêmica ou epidêmica à qualidade da vida humana. A apropriação dos recursos naturais limitados para a satisfação de necessidades ilimitadas, revelam a raiz do conflito estabelecido no seio da comunidade, impondo-se o ataque à razão da crise. Só restam como alternativas, atacarem-se a espoliação cega dos recursos naturais, particularmente os não renováveis, interromperem-se as precipitadas aventuras de biotecnologia e engenharia genética, combaterem-se as desertificações instaladas, o efeito estufa e suas causas, além da destruição da camada de ozônio.

2. A LEGISLAÇÃO COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO PERIGO

Entre as várias terapias ecológicas sugeridas para a prevenção e cura desse mal, resulta o recurso ao Direito. A criação de normas para coibirem essencialmente a desordem e a prepotência dos poderosos, corresponde a melhor forma de resgatar o tempo perdido.

Regras coercitivas e imposições oficiais de condutas éticas rígidas são fórmulas indissociáveis na proteção do meio ambiente. Nessa conseqüência, o embate contra os interesses predatórios daqueles que se beneficiam dos recursos naturais, há de se processar num autêntico clima de guerra. E a ausência de postulados rígidos que regulem a conduta dos partícipes nesse cenário, pode resultar numa batalha permanente e desigual, não se podendo admitir nessa seara, que os cartéis de exploradores venham a impor seus interesses sobre a maioria da população.

Não se preservará a tranqüilidade social, se for mantido o estado de beligerância. E o homem não poderá estar em paz consigo mesmo, enquanto se mantiver em guerra com a natureza. Daí resulta a necessidade de um regramento jurídico que conserve o equilíbrio nesse jogo de interesses e estabeleça o clima ideal, aquele que limita o abuso e afasta a ameaça.

Em face desses primados é o que legislador passou a transfundir em normas, os verdadeiros valores para uma convivência harmoniosa do homem com a natureza. Ensejando o aparecimento da disciplina jurídica – Direito Ambiental – nascida do inquestionável direito subjetivo a um ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa profusão vieram as regras que preservam e restauram o meio ambiente. Que compelem os violadores e lhes impõe a responsabilidade pelo dano ecoló-

gico. Esse é o novo filho da velha ciência jurídica, que vindo à luz num momento de crise, realiza o que na linguagem de Miguel Reale, é uma trágica inversão. Pois, antes recorria-se à natureza para dar base estável ao Direito, buscava-se, através do Direito Natural, melhor fundamentação para as relações humanas. E na atualidade, recorre-se ao Direito para salvar a natureza.

Bens considerados de uso comum do povo, passam a merecer a tutela especial do Direito para serem respeitados. Fugindo do ideal de que a potestade do ambiente, na expressão de Édis Milaré, fosse intuitivamente reconhecida, eis que não se tem o direito de contaminar aquilo que não se criou, mas foi encontrado, devendo por isso ser legado às futuras gerações. Sem a marca da racionalidade, a superação do quadro de degradação ambiental não pode prescindir do socorro da lei.

Tendo em conta o caráter global e a dimensão planetária das graves e crescentes perturbações do equilíbrio ecológico, é que a Carta da Terra, aprovada na Conferência do Rio de Janeiro, se inseriu no Princípio 11, que recomenda aos Estados a promulgação de leis eficazes sobre o meio ambiente, na linha da Agenda 21, que se preocupou com a formulação de propostas para o aperfeiçoamento da capacidade legislativa dos países em desenvolvimento.

3. O DIREITO COMPARADO

A devastação ambiental não é marca exclusiva de nossos dias ou desse século. Apenas a percepção jurídica desse fenômeno – até como conseqüência de um bem jurídico novo, denominado meio ambiente – é questão recente, reconhecida como de terceira geração.

A proteção ambiental, desde os mais remotos tempos, vem sendo objeto de preocupação dos povos, em maior ou menor escala. Nesse passo, noções precursoras sobre a biodiversidade e conservação de espécies animais são encontradas no Livro de Gênesis. Em Deuteronômio, já se constava proibição do corte de árvores frutíferas, mesmo em caso de guerra, estabelecendo pena de açoite para os infratores.

Por ocasião da vigência em Portugal das Ordenações Afonsinas, editadas em Portugal no reinado de D. Afonso V, cujo trabalho de compilação baseou-se no Direito Romano e no Direito Canônico, restou concluído em 1446 e correspondeu ao Primeiro Código Legal Europeu, já se viam referências que denotavam a preocupação com o meio ambiente. O corte de árvores de fruto era tipificado como crime de injúria ao rei.

Em 1521, sob a denominação de Ordenações do Senhor Rey Dom Manoel, as Ordenações Manuelinas como ficaram conhecidas trouxeram algum avanço em matéria de proteção ambiental. Passa a proibir, por exemplo, a caça de certos animais, perdizes, lebres e coelhos, com instrumentos capazes de causar-lhes a

morte com dor e sofrimento; coibindo o comércio de colmeias sem a garantia da preservação da vida das abelhas; mantendo tipificado como crime, o corte de árvores frutíferas. A pena para o infrator era o degredo para o Brasil, quando a árvore abatida tinha valor superior a trinta cruzados.

A partir de 1603, as chamadas Ordenações Filipinas, avançadas para a época introduziram conceitos de poluição, proibindo a qualquer pessoa jogar material que pudesse matar peixes e suas criações ou sujar águas de rios e lagoas. A pesca com determinados instrumentos e em certos locais e épocas eram proibidas. Reiterou o crime pelo corte de árvores de fruto, prevendo pena de degredo perpétuo. Estendeu relevo para a proteção dos animais, cuja morte por malícia acarretava para o infrator cumprimento de pena para sempre.

A bem da verdade, essa legislação antiga, complexa e esparsa, ressentia-se de aplicação prática e acentuava a necessidade de implementação voltada para resultados positivos em benefício do importante bem juridicamente tutelado.

Nos dias atuais, com advento da Comunidade Econômica Européia, surgiram diretrizes adotadas por todos os países e que completaram a necessidade de proteção de um meio ambiente devastado gravemente durante séculos, quer pela atividade econômica predatória, quer pelas grandes conflagrações experimentadas no continente nas duas guerras mundiais.

Organizados num grande bloco, munidos da idéia comunitária, ligados através de ideais comuns que se realizam até no uso de uma única moeda, o continente europeu conserva atualmente rígidos controles de poluição e conservação dos recursos naturais, prevenindo acidentes e abusos. Sendo força convir, contudo, que se reconheça um afrouxamento nas regras de legitimação de agir e na busca ainda desenvolvida, sem resultados concretos mais evidentes, de um sistema de acesso coletivo à Justiça.

Apenas os países do leste europeu, apesar da queda do muro, ainda executam políticas tíbias nessa relação e os do continente asiático, entre eles a China, não definiram um posicionamento legal correlato com os melhores propósitos ambientalistas. As ações governamentais esperadas, prejudicam-se em decorrência dos regimes políticos que priorizam o desenvolvimento industrial gerador de recurso econômico. Mas convive uma idéia já disseminada na população e elite intelectual, sobre as vantagens da preservação.

Dentre todos os demais, a mais avançada legislação de proteção ao meio ambiente é a Norte Americana. Assim, embora dotados de regime constitucional que garante absolutamente o direito de propriedade, a legislação americana desenvolveu um sistema disciplinando as atividades econômicas, de forma a condicionar tanto a iniciativa privada quanto os órgãos governamentais, a garantir que suas atividades não lancem dejetos no ar, na água e no meio ambiente comum. Através do Clean air act, do Clean water act, da Recra e do Superfund, eles criaram uma estrutura legal que garante a prevalência do interesse público na preservação do meio ambiente para todos.

A lei do ar limpo, da água limpa, a que regula o lançamento de resíduos tóxicos e a do superfundo, garante-se o pleno controle de qualquer atentado à saúde da população. A característica mais importante do sistema legal americano é a implementação da defesa do meio ambiente através do E.P.A., a Agência Ambiental, dotada de uma estrutura administrativa forte, que tem pleno apoio da opinião pública e das organizações com afinidade no tema. Assim, a par de uma política protetiva rígida, dotada de instrumentos jurídicos efetivos, inclusive um tribunal próprio que impõe sanções graves aos violadores, eles dispõem de recursos públicos que constituem um superfundo, capaz de fazer frente à necessidade de restauração do meio ambiente degradado e cobrar na via regressiva, do agente poluidor, os custos do que se investiu em decorrência do dano surgido.

4. A PROTEÇÃO NO DIREITO PÁTRIO

Entre nós, o primeiro passo encetado pelo legislador brasileiro para a tutela jurídica do meio ambiente, coincide com a implantação do Código Civil em 1916, que elencou várias normas de colorido ecológico, destinadas à proteção de direitos privados na composição dos chamados conflitos de vizinhança. A partir daí, só em 1923, com o Decreto 16.300, de 31.12.23, que instituiu o Regulamento de Saúde Pública, é que tivemos normas protetivas dirigidas diretamente à preservação da saúde da população e que menciona contaminação por agentes externos.

Após, adveio em 23.01.34, o Decreto 23.793/34, um Código Florestal, depois substituído pela Lei 4.771/65, catalogando no seu art. 1º, que as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, seriam bens de interesse comum a todos, exercendo-se direitos de propriedade das terras onde elas se encontram com as limitações anotadas. Tímidas, porque considerava a obrigatoriedade de preservação permanente para as formas de vegetação situadas as margens de rios e cursos d'água.

O Decreto 24.114/34 foi o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal; seguindo-se no mesmo ano o Decreto 24.643/34, o Código de Águas, trazendo normas protetivas dos recursos hídricos no interesse da saúde pública e da qualidade das águas públicas.

A partir daí, adveio o Decreto-Lei 25, de 30.11.37, com objetivo de proteger e organizar o patrimônio artístico, cultural e histórico nacional.

Em 19.10.1938, veio o Decreto-Lei 794, o chamado Código de Pesca, depois, substituído pelo Decreto 221/67, definindo a captura de elementos animais ou vegetais que tenham na água o seu normal ou freqüente meio de vida, definiu as três modalidades de pesca, comercial, desportiva e científica, instituindo até o órgão fiscalizador e regulamentar.

Através do Decreto-Lei 1985, de 29.01.40, instituiu-se o chamado Código de Minas, posteriormente substituído pelo Decreto-Lei 227/67, o Código de Mineração.

A poluição ambiental propriamente dita, só foi examinada de frente em norma legislativa, com o Decreto-Lei 303 de 28.02.67, que criou o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental. Produzindo-se a seguir o Decreto-Lei 1413/75, com normas de controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. Em 17.10.77, instituiu-se a Lei 6.453 – pressupondo a responsabilidade civil e criminal por danos nucleares ou atividades radiativas.

Vale dizer, contudo, que não obstante a numerosa legislação dirigida à proteção do meio ambiente, somente a partir da década de oitenta é que a questão legislativa revelou uma preocupação maior, passando-se a tutelar o meio ambiente de forma mais específica, vindo a ser editada a Lei 6.938, de 31.08.81, que teve o mérito de trazer para o mundo do Direito, o conceito de meio ambiente, como objeto específico de proteção nos seus múltiplos aspectos, instituindo o Sisnama, Sistema de Meio Ambiente, para propiciar o planejamento da ação integrada de órgãos governamentais, numa política nacional para o setor, estabelecendo a obrigação do poluidor reparar os danos causados (art. 14, par. 1), de acordo com o princípio da responsabilidade objetiva, conservando direito de ação judicial promovida pelo Ministério Público. Este, através da Ação Civil Pública, criada na Lei 7.347, de 24.07.85, ganhou o instrumento processual específico para a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, possibilitando que a agressão ambiental viesse a se tornar um caso de justiça, freando as agressões perpetradas.

Outro importante diploma legislativo na defesa do meio ambiente está representado pela Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que impõe sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Conhecida como lei dos crimes ambientais, ela representa o melhor instrumento de que se dispõe na atualidade, para cobrar a responsabilidade pelo dano ecológico, é o grande avanço na tutela ambiental, pois, inaugurou uma sistematização de sanções, tipificando organicamente os delitos ambientais, tornou realidade a inclusão da pessoa jurídica como sujeito ativo, na responsabilidade pelo crime ecológico.

A premissa garante inclusive na esfera civil, para a degradação direta ou indireta, que de qualquer forma afetem desfavoravelmente a biota, a possibilidade de ser exigida a indenização e a recuperação. Contudo, uma questão restou intocada no sistema em vigor, e ao contrário da legislação norte americana, nos permite viver o impasse da degradação, quando o agente não disponha de meios para ser compelido a reparar o dano ecológico.

A solução reclamada pelo tema, adviria da instituição de órgão que implementasse o necessário na permanência e conservação da higidez ecológica. Vale lembrar, que nenhum dos órgãos, nominados no art. 6º. da Lei 6.938/81, têm outra atividade que não seja a de formulação da política, fixação de diretriz, apoio técnico, fiscalização, controle, disciplina e avaliação das atividades susceptíveis de degradação ambiental. Não há previsão para atuações objetivas em face de eventuais problemas acarretados ou que estejam na iminência de ocorrerem, degra-

dando o meio ambiente, e que reclame uma ação direta e imediata na salvaguarda do interesse público.

A questão ecológica, na sua importância social, ultrapassa o aspecto criminal e a responsabilidade civil, contemplados na lei. Tratando-se da sobrevivência da espécie humana, há de se exigir do Estado uma atuação ampla e que venha a superar as circunstâncias da capacidade civil do agente poluidor, produzindo a reparação imediata do dano ou antecipando condutas preventivas necessárias.

Sem essa condição essencial, não basta que a lei disponha no parágrafo 1º, do art. 14, sobre a obrigação do poluidor indenizar ou reparar danos causados ao meio ambiente e a terceiros. Pois, na hipótese da responsabilidade pessoal ser insuficiente para cobrir o dano ecológico, a população local ficaria sujeita a seus impactos, com as deficiências que a atuação da Defesa Civil se mostrar incapaz de superar. A possibilidade da reparação civil no sistema legal vigente, depende da capacidade do agente causador. Mas poderia, a exemplo do precedente legislativo alienígena antes citado, ser superada por recursos de um fundo dotado dos meios que liberariam a sociedade desse risco.

5. PERSPECTIVAS DA CODIFICAÇÃO

A legislação ambiental brasileira merece ser festejada. Inaugurou sensíveis avanços, mas no terreno das atividades degradadoras, não se mostra capacitada para alcançar os objetivos que a justificaram. Nem a compatibilização de uma política de crescimento econômico sustentável com a necessidade de proteção e preservação dos recursos naturais.

Pode-se destacar, que causas amplas, como a vontade política, a fragilidade da consciência ambiental e a inexistência de aparelho implementador adequado concorrem com dificuldades de caráter estritamente legislativo. A legislação ambiental brasileira, não conserva a sistematicidade necessária. No regime normativo essa dificuldade é grave. A complexidade do texto e seu caráter transdisciplinar interno e externo reclamam alguma organização.

Assim, no emaranhado de normas existentes, mostra-se difícil a localização de matérias que não comportem conflitos. Os vários dispositivos, nos diversos níveis legislativos, devem pronunciar o mesmo princípio. Torna-se proveitoso para o degradador ambiental a permanência de regras que se antagonizam e deixam o terreno livre para a execução das atividades lesivas ao meio ambiente.

Veja-se que o Direito Ambiental no nosso país mostra-se formado por normas de idades e espíritos diversos. A maioria dos textos normativos são anteriores à Constituição Federal. Nos antigos e nos recentes, resta pouca preocupação com a reparação do dano ecológico. Nem é possível o amparo de objetividades isoladas, quando tanto a fauna quanto a flora e a água são elementos essenciais da biodiversidade. Devem ser protegidos num contexto efetivo, sem distinção. A

estruturação em retalhos, da legislação ambiental brasileira, produz vastíssimos buracos negros, nos quais inexitem normas de regramento de algumas condutas. Destaque-se, por exemplo, os resíduos tóxicos perigosos; a utilização de matérias primas extraídas da natureza.

A proteção ambiental efetiva fica prejudicada e perde-se em meio a um cipoal de normas, inclusive, medidas provisórias que suspendem o cumprimento de leis. Essa circunstância contribui para aumentar a insegurança e a incerteza jurídica, submetendo a sociedade à ineficiência nos seus avançados projetos. Por outro lado, as divergências acabam por se tornar uma questão a mais, para se somar na discussão do objeto central de uma demanda, tornando lenta a solução de um processo judicial nesse tema.

A correção certamente passa por uma consolidação da legislação do meio ambiente ou pela edição de um código ambiental. Tais diplomas criariam um sistema de gestão mais eficiente. As matérias importantes poderiam ser divididas em categorias, criando-se gestões específicas para controle do solo, água, ar, saneamento básico, poluição sonora e resíduos perigosos, com conceitos modernos de gestão ambiental, já consagrados em inúmeras convenções internacionais.

Vale a citação de Diogo Figueiredo, pioneiro dos estudos do Direito Ambiental Brasileiro, que salienta, além das vantagens geralmente reconhecidas às codificações, a possibilidade que também se teria, de orientar a legislação dos Estados e dos Municípios, facilitando a coordenação de ações, com efeitos pedagógicos sobre toda a sociedade civil.

A reorganização do sistema nacional de proteção ao meio ambiente criaria novas atribuições e formularia as modificações indicadas pelas experiências vivenciadas, reestruturando-se inclusive o sistema de responsabilidade civil do dano ecológico atual, para não depender dos Tribunais comuns. A efetivação passaria por formas de composição diversas daquelas afeitas à administração da Justiça, podendo-se cogitar de uma corte administrativa específica para a solução dessas questões e afastando-se qualquer possibilidade do risco de prejuízo irreparável para o ofendido.

O ponto mais importante da responsabilização e prevenção do dano ecológico é a necessidade de se dispor de uma legislação que retire o sistema vigente do limbo da teoria, conduzindo-o para a existência efetiva da vida real.

A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ***Interdição da atividade*** ***por autoridade policial.***

Luiz Carlos Branco*

SUMÁRIO

- I - introdução
- II - da legislação
- III - a tutela jurisdicional do ambiente
- IV - o direito ambiental aplicado pela Polícia Florestal e demais órgãos administrativos
- V - o novo ordenamento jurídico na proteção ambiental com a edição da lei n. 6938/81
- VI - a polícia militar, o ministério público e o judiciário na defesa do meio ambiente.
- VII - a lei 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativa.

I – INTRODUÇÃO

O conceito de meio ambiente, do ponto de vista jurídico, evoluiu significativamente em nosso país nos últimos decênios. De uma visão essencialmente privatista de nosso direito civil, a complexidade da sociedade industrial conduziu este nas relações sociais a ter um caráter mais público que privado.

O interesse coletivo passa, particularmente nos casos de uso da propriedade, a predominar sobre o direito individual. Essa evolução qualitativa favorece uma característica inovadora, desembocando em elementos conceituais que irão favorecer o surgimento de um novo ramo jurídico.

A propósito, a conceituação proposta por Carlos Gomes de Carvalho é de que:

“Direito ambiental é um conjunto de princípios e regras destinados à proteção do ambiente natural, compreendendo medidas administrativas e judiciais, com a reparação econômica e financeira dos danos causados ao ambiente e aos ecossistemas, de modo geral”

À vista do conceito, faz-se necessário reunir esse conjunto de leis e regulamentos, dando-lhes uma sistematização harmônica, ao mesmo tempo que se possa revesti-los de estruturação científica.

* Advogado, especialista em direito privado e mestrando em direito civil - professor titular de direito internacional, de estágio e prática jurídica da Faculdade de Direito Padre Anchieta, membro do Tribunal de Ética da OAB/SP, autor do livro "Manual de Introdução ao Direito" e de artigos antigos publicados em revistas especializadas.

É mister reconhecer, por outro lado, e sobretudo a partir da Lei nº 6.938/91 que instituiu a Política Nacional, secundada pela legislação processual, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que as normas de defesa ambiental foram ganhando organicidade própria a uma nova disciplina jurídica.

II – DA LEGISLAÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil dedicou um Capítulo próprio ao Meio Ambiente, dispondo expressamente no “caput” do artigo, o seguinte:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Constituição Estadual por sua vez, também dedicou um Capítulo inteiro a respeito do “Meio Ambiente, dos Recursos Naturais e do Saneamento”, nos artigos 191 a 204, com destaque para o artigo 195, § único que dispõe expressamente que: **Art. 195.** As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, com aplicação de multas diárias e progressivas no caso de continuidade de infração ou reincidência, incluídas a redução do nível de atividade e a interdição, independente da obrigação dos infratores de reparação aos danos causados.

Parágrafo único – O sistema de proteção e desenvolvimento do meio ambiente será integrado pela Polícia Militar, mediante suas unidades de policiamento florestal e de mananciais, incumbidas da prevenção e repressão das infrações cometidas contra o meio ambiente, sem prejuízo dos corpos de fiscalização dos demais órgãos especializados.

Fundada nas normas Constitucionais, encontraremos uma vasta legislação ordinária, tanto material quanto processual, além dos Tratados e Convenções Internacionais, Resoluções, Portarias, Instruções Normativas, etc.

A seguir, citaremos a legislação principal relacionada ao Meio Ambiente:

I - Legislação Federal:

- 1 - DL nº 25, de 30-11-1937 (**Do patrimônio histórico e artístico nacional**);
- 2 - Lei nº 4.771, de 15-09-1965 (**Código Florestal**);
- 3 - Lei nº 5.197, de 03-01-1967 (**Proteção à fauna**);
- 4 - DL nº 221, de 28-02-1967 (**Proteção e estímulo à pesca, alterado p/ Lei 9059/95**);
- 5 - DL nº 227, de 28-02-1967 (**Cód. de Mineração, reg. p/Decr. nº 62.934, de 02/07/68, alterado pelas Lei 8901/94 e 9314/96**);
- 6 - Lei nº 5.357, de 17-11-1967 (**Lançamento de detritos ou óleo em águas brasileiras**);
- 7 - Lei nº 6.453, de 17-10-1977 (**Resp.civil e criminal por danos nucleares**);
- 8 - Dec.n.º 83.540, de 4-6-1979 (**Apl.Conv.Int.s/resp.civil por poluição**)

por óleo)

- 9 - Lei n.º 6.766, de 19-12-1979 (**Parcelamento do solo urbano**);
- 10 - Lei n.º 6.803, de 02-07-1980 (**Zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição**);
- 11 - Lei n.º 6.902, de 27-04-1981 (**Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental**);
- 12 - Lei n.º 6.938, de 31-08-1981 (**Política Nacional do Meio Ambiente**);
- 13 - Lei n.º 7.173, de 14-12-1983 (**Jardins Zoológicos**);
- 14 - Dec. n.º 89.336, de 31-01-1984 (**Res.Ecológicas e Áreas de Rel.Interesse Ecológico**);
- 15 - Lei n.º 7.347, de 24-07-1985 (**Ação civil pública**);
- 16 - Dec. n.º 94.076, de 05-03-1987 (**Microbacias Hidrográficas**);
- 17 - Lei n.º 7.643, de 18-12-1987 (**Proíbe a pesca de cetáceo**);
- 18 - Dec. n.º 95.733, de 12-02-1988 (**Rec.destinados a prevenir ou corrigir os prejuízos de natureza ambiental, cultural e social**);
- 19 - Lei n.º 7.661, de 16-05-1988 (**Gerenciamento Costeiro**);
- 20 - Lei n.º 7.679, de 23-11-1989 (**Proibição da pesca em períodos de reprodução**);
- 21 - Lei n.º 7.735, de 22-02-1989 (**Inst. Bras. do Meio Ambiente e dos Rec. Naturais Renováveis – IBAMA**);
- 22 - Lei n.º 7.754, de 14-04-1989 (**Prot.das florestas existentes nas nascentes dos rios**);
- 23 - Dec. n.º 97.946, de 11-07-1989 (**Inst.Bras.do Meio Amb.-Rec.Nat.Ren-IBAMA**);
- 24 - Lei n.º 7.796, de 10-07-1989 (**Pesquisas na Amazônia**);
- 25 - Lei n.º 7.797, de 10-07-1989 (**Fundo Nacional de Meio Ambiente**);
- 26 - Lei n.º 7.802, de 11-07-1989 (**agrotóxicos, seus componentes e afins**);
- 27 - Lei n.º 7.805, de 18-07-1989 (**Lavra garimpeira**);
- 28 - Dec. n.º 98.812, de 09-01-1990 (**Regulamenta a Lei 7.805/89**);
- 29 - Dec. n.º 98.816, de 11-01-1990 (**Regulamenta a Lei 7.802/89**);
- 30 - Dec. 99.274, de 06-06-1990 (**Regulamenta a Lei nº 6.902/81**);
- 31 - Lei nº 8.171, de 17-01-1991 (**Política agrícola**);
- 32 - Decreto n.º 750, de 10-02-93, (**Mata Atlântica**);
- 33 - Lei nº 8.723, de 28-10-93 (**Poluentes por veículos automotores**);
- 34 - Lei nº 8.901, de 30-06-94 (**Regulamenta o § 2º, art. 176, da CF e alt.disp. do DL 227/67 - Código de Mineração**);
- 35 - Lei Federal nº 9.605/98 (**Sanções penais e adm.derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente**);

II - Legislação Estadual:

- 1 - Lei n.º 6.884, de 29-08-62 (**Parques e florestas estaduais, monumentos naturais**);
- 2 - Lei n.º 10.247, de 22-10-68 (**Defesa do Patrimônio Hist., Art.e Turístico do Estado**);
- 3 - D.L n.º 149, de 15-08-69 (**Tombamento de bens**);
- 4 - Lei n.º 997, de 31-05-76 (**Controle de poluição do meio ambiente** (vide Lei 118/73-CETESB e Dec.n.º 8.468/76);
- 5 - Lei n.º 1.172, de 17-11-76 (**Mananciais, cursos e reservatórios - uso do solo**);
- 6 - Lei n.º 4.002, de 05-01-84 (**Distr. e Com. de agrotóxicos e outros biocidas**);
- 7 - Lei n.º 4.738, de 04-10-85 (**Preservação permanente as florestas heterogêneas**);
- 8 - Lei n.º 5.255, de 22-07-86 (**Desmatamento em áreas contíguas às rodovias**);
- 9 - Lei n.º 9.082, de 17-02-95 (**Restrição ao tabagismo os locais que especifica**);
- 10 - Lei n.º 9.178, de 17-11-95 (**Restrições ao tabagismo nos est.com.**);
- 11 - Lei n.º 9.294, de 15-07-96 (**Restrições ao uso e à propaganda de prods. Fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e de defensivos agrícolas**);
- 12 - Lei n.º 9.358, de 13-06-96 (**Restrição à Circulação de Veículos Automotores**);
- 13 - Lei n.º 9.509, de 20-03-97, (**Política Estadual do Meio Ambiente**);

III - Legislação Municipal:

Lei Orgânica do Município, Zoneamento Municipal, outras leis de proteção contra poluição e de proteção ambiental, incluindo de mananciais etc.

III – A TUTELA JURISDICIONAL DO AMBIENTE

A reação dessa nova ordem jurídica aos atentados ao meio ambiente pode dar-se em três áreas: **administrativa, penal e civil.**

Registre-se que a perseguição criminal independe da civil (art. 1525 do Código Civil) e o acionamento da via administrativa não obsta o acionamento da Justiça.

1. Tutela Jurídico-Penal

No âmbito penal, a defesa do ambiente está entregue, basicamente, ao Ministério Público que, como tutor dos interesses comunitários, tem por função

institucional promover, privativamente, a ação penal pública (CF, art. 129, I). Só em caso de inércia desse órgão é que tem cabimento a ação privada (CF, art. 5º, LIX, CPP, art. 29 e CP, art. 100, § 3º).

No caso do meio ambiente, a conduta do agente predador lesa um interesse jurídico de tal importância – a saúde pública e a própria vida – que a ação penal pode e deve ser iniciada sem a manifestação de vontade de qualquer pessoa. Nestes casos, a titularidade da ação penal pertence ao Estado que, por seu órgão de justiça – O Ministério Público - assume a iniciativa do processo, estimulando o exercício da função jurisdicional e pugnando pela punição dos responsáveis pelas práticas delituosas.

2. Tutela Jurídico-Civil

Sendo o meio ambiente um **bem de uso comum do povo** (Constituição Federal, art. 225, “caput”), insuscetível de apropriação por quem quer que seja, não bastava apenas erigir-se cada cidadão num fiscal da natureza com poderes para provocar a iniciativa do Ministério Público (arts. 6º e 7º da Lei 7.347/85), mas era de rigor assegurar-se o efetivo acesso ao Judiciário dos grupos sociais intermediários e do próprio cidadão na defesa do meio ambiente.

O Constituinte Federal não fez ouvidos de mercador ao reclamo, dando largos passos no ordenamento jurídico brasileiro da tutela jurisdicional do meio ambiente na esfera civil. Ei-los:

2.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO.

A Constituição Federal, ao cuidar desse particular remédio jurídico, possibilitou sua disciplina também pelos Estados-Membros, criando a ação direta de inconstitucionalidade de Leis ou Atos Normativos Estaduais ou Municipais em face das Constituições Estaduais (art. 102, I, “a”, 103 e 125. § 2º). Na Constituição de São Paulo, a matéria vem regulada no artigo 90 e seus parágrafos.

O rol dos legitimados para a ação foi ampliado, possibilitando a certos corpos intermediários com as OAB e a entidades sindicais e de classe buscarem, em nome da sociedade, a declaração de inconstitucionalidade de Leis ou Atos Normativos contrários aos princípios constitucionais de preservação do meio ambiente.

2.2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Prevista já na Lei nº 6.938/81 e disciplinada pela Lei nº 7.347/85, ganhou a ação civil pública status constitucional, ao ser colocada na nova Carta como meio de defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, em particular os pertinentes ao meio ambiente (v. art. 129, III).

Dentre os co-legitimados ativos para o acionamento desse instrumento pro-

cessual figuram as associações que ostentem um mínimo de representatividade, em cujo conceito incluem-se os sindicatos e todas as demais formas de associativismo ativo, desde que os requisitos preestabelecidos na lei sejam devidamente preenchidos (v. art. 5º, I e II, da Lei nº 7.347/85).

Não mais apenas o direito de petição a todos assegurados (CF, art. 5º, XXXIV, “a”), com a simples faculdade de denunciar, informar, criticar ou sugerir, mas a possibilidade concreta de agir, de molde a evitar o exagerado paternalismo estatal na tutela do meio ambiente.

De qualquer forma, através desse peculiar instrumento jurídico, a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais e, em particular a do meio ambiente, deixou de ser questão meramente acadêmica, para converter-se em realidade jurídico-positivista de inegável alcance e conteúdo sociais (o Ministério Público de São Paulo vem sendo, na maioria dos casos, quem propõe as ações civis públicas ambientais neste Estado, fora a enorme quantidade de expedientes em que se obtém a recuperação dos danos por intermédio dos Termos de Ajustamento de Conduta).

2.3. AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL

Aduz o inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A ação popular é um remédio jurídico constitucional nascido da necessidade de se melhorar a defesa do interesse público e da moral administrativa. Inspira-se na intenção de fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum.

O direito de propor ação popular é deferido apenas àquele que ostente a condição de cidadão, ou seja, ao eleitor, que participa dos destinos políticos da Nação.

De um ponto de vista amplo, a ação popular é também considerada uma ação civil pública, apenas com rótulo de agentes diferentes, na medida em que, como esta, tem em mira, precipuamente, a defesa de um interesse público, e não a satisfação de um direito subjetivo próprio.

2.4. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Constituição de 1988, numa política de liberação dos mecanismos de legitimação “ad causam”, além da ação civil pública e da ação popular constitucional, conferiu também às entidades associativas, aos partidos políticos e aos sindicatos poderes para, através do mandado de segurança coletivo, empreenderem a defesa dos interesses transindividuais (art. 5º, LXX).

Cumpra-se anotar que esse novel instituto não serve apenas à tutela dos interesses coletivos, mas também daquela categoria de interesses posicionados em relação à qualidade de vida, a que se dá o nome de difusos, e dentre os quais o meio ambiente é um dos mais expressivos exemplos.

Em conseqüência, o mandado de segurança coletivo pode ter por objetivo os direitos subjetivos ou os interesses legítimos, difusos ou coletivos.

2.5. MANDADO DE INJUNÇÃO

Outra medida oferecida à comunidade para a defesa do ambiente é o mandado de injunção. Nos termos da Constituição Federal, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art.5º, LXXI).

Trata-se de instituto à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, titular de um direito, de uma liberdade ou de uma prerrogativa expressamente constante da Carta de princípios e que faça prova de não poder ver exercido esse direito, essa liberdade ou essa prerrogativa, por falta de instrumento regulamentador.

Ressalte-se, desde logo, a excelência desse remédio para a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito constitucionalmente assegurado a todos – art. 225 da CF – quando dependa de uma norma regulamentadora, cuja falta está tornando inviável seu exercício.

2.6. OUTRAS PROVIDÊNCIAS JUDICIAIS CABÍVEIS

Afora os instrumentos retromencionados, podem ainda servir à tutela ambiental, em caso de ilícito comum (art. 159 do Código Civil), a ação de responsabilidade civil; nos conflitos de vizinhança (arts. 554/555 do Código Civil), ação cominatória para impedir que o mau uso da propriedade vizinha prejudique a segurança, o sossego ou a saúde dos que a habitam; ação de nunciação de obra nova para impedir construção contrária à Lei, ao regulamento ou à postura (art. 934, III, do Código de Processo Civil), etc.

IV . DIREITO AMBIENTAL APLICADO PELA POLÍCIA MILITAR E DEMAIS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS

A Polícia Militar do Estado de São Paulo caracteriza-se como organização que presta serviços na defesa da sociedade, na incolumidade do cidadão e na proteção de seus bens, conforme manda a lei.

Os bens ambientais estão consolidados dentro da própria Carta Magna, e

dentre os mais significativos, podemos destacar as águas (rios, lagos, nascentes), as cavidades naturais subterrâneas, os sítios arqueológicos, a flora nas suas diversas formas, a fauna, os espaços territoriais protegidos (parques, reservas, estações ecológicas, etc), os recursos naturais da plataforma continental, o mar territorial, as praias marítimas, etc.

Para situarmos a Polícia Militar na defesa dos bens ambientais, efetuaremos duas grandes divisões, colocando-as no que passaremos a convencionar "massas". **Massa cinza**, concentrando os problemas ambientais do meio urbano, tais como a poluição atmosférica, os corpos d'água, os assentamentos humanos irregulares e ainda outras formas de alterações visuais, auditivas etc.

Massa verde: nela estão inseridos os recursos naturais como a flora, nas suas mais diversas formas de manifestação, a fauna silvestre e a fauna ictio (dos peixes).

É basicamente sobre a massa verde que a Polícia Militar atua, através de suas unidades de policiamento florestal e de mananciais. As atuações da Polícia Militar Florestal e de Mananciais envolvem não só aplicação de penalidade, em geral multas, como também o embargo da atividade no local, cabendo recurso perante o **DEPRN** (Departamento Estadual de Proteção dos Recursos Naturais, órgão da Secretaria Estadual do Meio Ambiente), que procura exigir em todos os casos, para desembargo da área, a reparação do dano, permitindo redução da multa quando cumprida integralmente essa reparação no prazo ajustado. Também a Polícia Militar Florestal comunica à Polícia Civil os casos que constituam crimes ambientais, para instauração de inquérito policial e demais providências no âmbito da Justiça Criminal.

Também no Estado de São Paulo é decisiva a atuação da **CETESB**, em todas as atividades potencialmente poluidoras, desde o licenciamento e fiscalização da atividade industrial em geral, incluindo também os loteamentos, tanto industriais, como comerciais, residenciais ou mistos, por serem também fonte de considerável poluição (lixo doméstico, esgoto, etc.). No desenvolvimento de suas funções, os agentes da CETESB podem aplicar penalidades de advertências, multas, podendo chegar à interdição (ou suspensão total ou parcial das atividades), devendo nesse caso passar pela aprovação da Secretaria do Meio Ambiente como órgão central.

O IBAMA controla as atividades envolvendo fauna, bem como cuida das unidades de conservação federal e dos aspectos de relevância nacional.

A atuação das **Prefeituras**, **DAE** (Departamento de Água e Esgoto) ou **SABESP** (Empresa de Saneamento Básico do Estado de São Paulo) também envolve fiscalização e aplicação de multas, embargos, demolição de obras, entre outras, quando envolver áreas sob sua tutela, em especial reservas municipais, áreas protegidas pelo zoneamento e áreas de proteção de mananciais.

O **direito de defesa** é inerente a todo procedimento administrativo, cabendo recursos e eventualmente medidas judiciais para impedir as sanções administrativas impostas

de forma contrária à legislação em vigor (mandado de segurança, por exemplo).

V – O NOVO ORDENAMENTO JURÍDICO NA PROTEÇÃO AMBIENTAL COM A EDIÇÃO DA LEI N. 6.938 DE 31 DE AGOSTO DE 1.981.

A Lei que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente foi regulamentada pelo Decreto n. 88.351, de 1º de junho de 1.983.

A Lei n. 6.938/81, além de prever sanções administrativas e penais, deu no Decreto que a regulamentou nova roupagem aos licenciamentos das atividades potencialmente lesivas à qualidade ambiental, estabelecendo o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto de Meio Ambiente (RIMA).

Outra inovação que fortaleceu as atividades policiais na citada lei, foi a da **responsabilidade objetiva**, ou seja, a responsabilidade de reparação do dano, independente de culpa. Esse instrumento potencializou o sistema de proteção, porque o objetivo maior da reparação do dano foi salvaguardado.

Após a regulamentação da citada lei, surgiu a Lei n. 7.347, de 24/07/85, que cuidou da defesa do meio ambiente, do consumidor e dos valores culturais, através do mecanismo da Ação Civil Pública, usando como braço forte outra entidade já tradicional na defesa da sociedade, o Ministério Público.

As ações civis, com especial atenção no que refere à fauna e flora, eram instrumentalizadas a partir da medida administrativa aplicada pelo policiamento florestal.

No que refere às sanções, o legislador mais uma vez inovou e estabeleceu em ambos os Decretos, que as multas pecuniárias aplicadas, através de atos administrativos regulares, podem ter redução no pagamento de até 90%, quando o degradador promove a recuperação do dano.

VI – A POLÍCIA MILITAR, O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR E O JUDICIÁRIO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE.

O Comando de Policiamento Florestal e de Mananciais se distribui por todo o território paulista, orientando, educando e fiscalizando o mar, rios, lagos, florestas, animais silvestres, enfim, aquilo que tenha influência na qualidade e na manutenção da vida. A prevenção, objetivo maior da Polícia Militar, através de constante patrulhamento ostensivo, tem por vezes que ser substituída por atos administrativos que impeçam ou corrijam degradações ambientais.

Esses atos são processados pela Polícia Militar e Secretaria do Meio Ambiente via Departamento Estadual de Proteção dos Recursos Naturais – DEPRN e CETESB. Entretanto, como falar em Direito Ambiental sem a presença do Ministério Público e do Poder Judiciário, instituições imprescindíveis à sociedade de qualquer povo ou nação?

Junto ao Ministério Público, a ligação da Polícia Militar é fática. Através dela,

colhe informações, realiza diligências e produz os atos necessários a fazer cumprir determinações legais direcionadas na recuperação de bens ambientais lesados.

O Poder Judiciário, por sua vez, tem seu grande mérito na forma pela qual passou a encarar a proteção dos bens ambientais, harmonizando as suas ações com as da Polícia Militar e do Ministério Público.

O apoio do Poder Judiciário nas mais diversas situações, principalmente nas solicitações de embargo judicial e sentenças favoráveis à recuperação de danos ambientais, tem funcionado, salvaguardando o interesse coletivo.

VII – A LEI 9.605, DE 12/02/98, QUE DISPÕE SOBRE AS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS.

A Lei n. 9605, de 12 de fevereiro de 1.998, trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Além de todos os mecanismos retro mencionados, podemos ainda citar a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade constante do artigo 22, inciso II, § 2º, da lei n. 9605/98 e a suspensão parcial ou total de atividades, prevista no art. 72, inciso IX.

a) Da interdição

Interditar é proibir. Como sanção administrativa ambiental significa vedar atividade lesiva ao meio ambiente. O Decreto-lei n. 289, de 28 de fevereiro de 1967, que criou o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), sucedido pelo IBAMA, prevê tal penalidade às serrarias e indústrias que elaborem madeira sem prévia autorização do órgão florestal. O estabelecimento pode ser objeto de fechamento, até a autorização e registro sejam concedidos.

Outro exemplo de penalidade administrativa de interdição pode ser citado na Lei n. 7.661, de 16 de maio de 1.988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro. O art. 6º dispõe que o licenciamento para construção e outras atividades ligadas ao uso do solo na Zona Costeira deve obedecer aos dispositivos da referida lei. Em caso de falta ou descumprimento das condições fixadas no licenciamento, será possível proceder-se à interdição.

Esta modalidade de reprimenda tende a não ser utilizada porque outra, a ela semelhante, foi introduzida pela lei n. 9.065, de 1.998. Trata-se da *suspensão parcial ou total de atividades*, prevista no art. 72, inciso IX, da lei n. 9065/88.

b) Suspensão Parcial ou Total de Atividades

Esta sanção já era prevista no artigo 14, inciso IV da Lei n. 6.938, de 1981. Agora faz parte do artigo 72, inciso IX da Lei 9.605/88. A diferença está em que antes a lei falava em suspensão de atividade e agora ela prevê a possibilidade da suspensão ser parcial ou total. A distinção foi oportuna, porque agora a autoridade administrativa poderá sustar apenas as atividades poluentes de uma empresa, per-

mitindo que ela continue atuando nos setores não poluentes. Inexiste prazo previsto para a suspensão. Logo, pressupõe-se que somente ao cessar as atividades nocivas ao meio ambiente é que a suspensão acabará.

c) Apreensão

A apreensão administrativa é o ato pelo qual a autoridade competente, com base em dispositivo de lei, determina a tomada de bens ou objetos de uso proibido. Esta sanção administrativa não está prevista na Lei n. 6.938, de 1.981, mas sim em outros diplomas legais esparsos.

A Lei n. 9065, de 1998, expressamente prevê no art. 72, inciso IV, a possibilidade de punir o infrator com a apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração. Esta nova redação foi muito importante porque deu base legal às autoridades administrativas. Por exemplo, agora não haverá mais dúvida se é admissível apreender o veículo que transporta madeira sem autorização legal. A lei ambiental é expressa a respeito da possibilidade.

d) Advertência

É pena branda e que tem por escopo, acima de tudo, alertar o infrator para que corrija a sua conduta. Evidentemente, o seu não atendimento poderá implicar na aplicação de reprimenda mais grave. A pena de advertência está prevista no art. 72, inc. I, da Lei n. 9065/98. É oportuno que seja utilizada com frequência pelas autoridades administrativas, face ao seu caráter preventivo e também para justificar uma sanção posterior mais grave.

e) Sanções Restritivas de Direitos

A Lei n. 9065, de 1998, colocou no art. 72, inciso XI, as restrições de direitos, de forma genérica, como sanções administrativas. Depois, no parágrafo 8º, do mesmo artigo, explicitou em que elas consistem. São elas:

- I - suspensão de registro, licença ou autorização;
- II - cancelamento de registro, licença ou autorização;
- III - perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais;
- IV - perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
- V - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.

A maioria já estava prevista em dispositivos anteriores. O grande mérito, porém, é buscar limitar a atividade poluidora com medidas que tornem o infrator incapacitado de obter qualquer providência da administração pública. Seus resultados poderão ser de grande utilidade e, para tanto, será decisiva a atuação firme das autoridades administrativas.

No aspecto penal, a Lei 9605/98 tem por **objetivos principais coibir** as práticas de degradação e poluição ambiental e **punir** os responsáveis, sempre com enfoque para a **reparação do dano** ambiental. Tanto assim que o art. 27 da Lei 9605/98 exige nos crimes de menor potencial ofensivo a **prévia composição do dano ambiental**; já o art. 28 da aludida lei dispõe que, havendo suspensão condicional do processo (que é benefício para o réu), a extinção do feito também está condicionada à **efetiva reparação do dano**; havendo suspensão condicional da pena ("sursis" - também benefício para o réu condenado), implica na obrigação de **reparação do dano** (art. 78 e 81 do CP).

Também vale destacar que a condenação penal gera efeito genérico de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado (art. 91 do CP e art. 63 e segs. do CPP).

As **principais inovações** da Lei 9605/98 (denominada de Lei de Crimes Ambientais), são:

- responsabilidade criminal das **pessoas jurídicas** (conforme previsto na Constituição Federal), com penas de multa, restritivas de direitos (suspensão atividade, interdição estabelecimento, proibição contratar com o poder público), prestação de serviços à comunidade (custeio programas, execução de obras de reparação, manutenção de espaços públicos, contribuições para com entidades ambientais ou culturais), liquidação forçada se estiver voltada à prática de crimes ambientais;

- o art. 54 da aludida Lei prevê punição para quem causar poluição (risco à saúde humana ou mortandade de animais) ou para quem **deixar de adotar as medidas de precaução**;

- o art. 60 prevê pena para construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar estabelecimentos, obras ou serviços **potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes**, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes;

- estão previstas punições para atos de destruição e até mesmo corte de árvore em floresta de **preservação permanente** (APP - margem de rio, lago, nascente, topo de moro, declividade superior a 45°, etc.), dano direto ou indireto às Unidades de Conservação (Reservas Biológicas, ecológicas, Estações Ecológicas, Parques, Áreas de Proteção Ambiental (APA), Áreas de Relevante Interesse Ecológico e Reservas Extrativistas, etc.), bem como as figuras de **incêndio, extração de minérios, soltar balões, comercializar ou utilizar moto serra sem licença ou registro**;

- o art. 69 do diploma em comento dispõe ser crime **obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público**.

Conclusão: A tendência é a codificação do Direito Ambiental, servindo como primeiro passo a Lei 9605/98, que trouxe disposições gerais de ordem administrativa e penal, implicando, por conseqüência, na aplicação e extensão da responsabili-

dade civil, constituindo avanço na aplicação desse relativamente novo ramo da ciência jurídica.

A par dos instrumentos legais e processuais disponíveis, encontrados de forma esparsa, incluindo organização administrativa e judiciária para a efetiva defesa do Meio Ambiente, a falta de uma codificação ou consolidação, dificulta a ação do Poder Público e da sociedade, mas é necessário não perder de vista o disposto no Texto Maior:

“...impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”,

não só denunciando, mas também participando efetivamente desse trabalho laborioso e imprescindível à sobrevivência na Terra, implicando na participação ativa de toda sociedade e dos poderes constituídos.

Bibliografia:

ARMELIN, Donaldo.(set/92) *Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente* – Revista do Advogado – nº 37

CARVALHO, Carlos Gomes.(1999) *Legislação Ambiental Brasileira*. Editora de Direito – ed. vols. I e II.

FREITAS, Vladimir Passos de. (1998) *Direito Administrativo e Meio Ambiente*- 2ª edição – Uruá Editora.

MELE, João Leonardo. *Direito Ambiental Aplicado pela Polícia Militar*. Internet

RIBAS. Ed.(1999) *A problemática Ambiental*. Editora de Direito.