

ISSN 1519-1656

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA.

Jundiaí-SP: Sociedade Padre Anchieta
il. 23cm.

Semestral
Inclui bibliografia

CDU 34(05)

EDITORIAL

É com grande satisfação que apresentamos este sétimo número da Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta que, como vem ocorrendo sempre, contém artigos de grande relevância jurídica e interesse social, que repercutem no estudo do Direito.

O presente exemplar demonstra, de forma cristalina, a preocupação de nossos professores e colaboradores no sentido de desenvolver estudos e escrever sobre temas que, nem sempre, podem ser apresentados em salas de aula, quer em decorrência do tempo, quer em decorrência da complexidade.

No atual exemplar o leitor irá se deparar com artigos que envolvem temas de variados ramos do Direito, como Trabalho, Comercial, Penal, Ambiental, Processual e Constitucional.

Ressalte-se, ainda, que o objetivo principal da Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta é o de integrar juristas, professores e alunos na discussão de temas de importância jurídica e social, visando ao crescimento intelectual de todos.

Esperamos, como sempre, que possam ter uma agradável leitura. Até o próximo número.

CO NSELHO 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

Jorge Luiz Souto Maior

Luiz Carlos Branco

Márcio Franklin Nogueira

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Secretária

Inês Celina de Oliveira Polini

Correspondência

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

CEP. 13.207-660

Fax – 4521-8444 ramal 238

Caixa Postal 240

anchieta@anchieta.br • www.anchieta.br

Editoração

DEPARTAMENTO DE PUBLICIDADE

Escolas e Faculdades Padre Anchieta

Revisão

João Antonio de Vasconcellos

Tiragem

2.500

Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta.

Pede-se permuta • Pide-se canje • We ask for exchange

ÍNDICE

Anotações sobre o abuso de direito

Cláudio Antônio Soares Levada.....7

O nucleo de prática jurídica da FADIPA e o poder público

Cláudio Antônio Soares Levada.....19

O estudo prévio de impacto ambiental como instrumento de proteção ambiental

Luciana Cordeiro de Souza21

Direito de empresa e direito do trabalho

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira.....45

A intervenção de terceiros no direito processual civil brasileiro

Jean Marcel Mariano de Oliveira.....57

Da convenção de arbitragem e seus efeitos

Lídio Francisco Benedetti Junior71

Homossexualidade; aspectos jurídicos

José Ricardo Rulli.....79

Tributação ecológica

Alexandre Barros Castro.....89

A medida provisória e seu uso no direito tributário

Marco Aurélio Ferrari Barro dos Santos93

Soberania estatal

Ricardo Rodrigues Gama103

O caso Siegfried Ellwanger: Interpretação do alcance e do conteúdo do crime de racismo

Tatiana Lages Aliverti115

Algumas considerações sobre a natureza jurídica da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública (CIP)

Carlos Eduardo de Freitas Fazoli129

O papel da vítima no processo penal. Questões sociais e legais. O programa de proteção à vítima e testemunhas

Marcos Vinicius Ribeiro133

Normas para apresentação de originais.....145

ANOTAÇÕES SOBRE O ABUSO DE DIREITO*

Cláudio Antônio Soares Levada

1. A NEGAÇÃO DA IDÉIA DE ABUSO DE DIREITO

Após o triunfo da Revolução Francesa, a liberdade, a honra, a propriedade e a vida foram proclamadas como direitos fundamentais do homem, inalienáveis e imprescritíveis, passando tais direitos individuais a constituir permanente fonte de restrições ao poder de organização do Estado.

Conquanto a tomada do poder político pela burguesia tenha representado inequívoco passo à frente no sentido da democratização da sociedade da época, a concepção individualista das legislações de então, das quais é exemplo maior o Código Civil de Napoleão, construiu um sistema de direitos absolutos, pelo qual o exercício de um direito, ainda que dele decorressem conseqüências funestas para a sociedade, era protegido em toda e qualquer hipótese e jamais poderia configurar abuso.

Lembre-se que, historicamente, o Direito passava a ser a mais poderosa arma contra o absolutismo do Estado, representado até então na figura do Monarca “divinamente inspirado”, e sua tarefa consistia principalmente em salvaguardar a autonomia da vontade e a liberdade das convenções, excluindo o Estado, tanto quanto possível, de intervenções nas relações dos contratantes.¹

O que em princípio representou um avanço, passou com o tempo a mostrar-se de grande inconveniência em face dos novos problemas sociais surgidos com a emergência de uma era industrial em que a complexidade das relações entre capital e trabalho impunha soluções que enxergassem além daquela doutrina predominante, de caráter nitidamente individualista. As noções de Direito e abuso eram, então, antinômicas, vigendo com toda amplitude - ainda maior do que a conheceram os romanos - a máxima “nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur”.

À sombra desse brocardo sancionaram-se os mais grosseiros abusos, assegurando-se a impunidade a tantos quantos que, sob o pretexto de exercitarem um direito reconhecido por lei, desvirtuavam sua finalidade social para causarem um dano injusto a terceiro.²

* Atualização do artigo “Anotações sobre o Abuso de Direito”, publicado na RT 667, páginas 44/50 (maio 1991). Juiz Substituto em Segundo Grau, designado junto ao 2º TACSP

Professor Titular de Direito Civil da FADIPA – Jundiá e convidado dos cursos de Especialização em contratos da PUC/SP. Mestre em Direito Civil – USP – Doutorando – PUC/SP

¹ J. Charmont, *Le Droit et L'Esprit Démocratique*, p. 67, apud Pedro Baptista Martins, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 2ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1941, p. 10.

² Pedro Baptista Martins, ob. cit., p. 24. ¹ J. Charmont, *Le Droit et L'Esprit Démocratique*, p. 67, apud Pedro Baptista Martins, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 2ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1941, p. 10.

Desconheciam-se então limitações, impostas pela finalidade da norma jurídica, enquanto regra destinada a produzir a paz e bem-estar sociais.

2. O RECONHECIMENTO DO ABUSO DE DIREITO

A partir de fins do século passado, começa a ocorrer uma reação à noção de absolutismo dos direitos individuais - que se contrapunha ao absolutismo do Estado - com o fim de se demonstrar que, não só o Poder do Estado é relativo, como também os direitos conferidos ao homem encontram limite nas regras de convívio social, nas noções de bem-estar e justiça sociais. Para tanto contribuíram, no mundo ocidental, a doutrina da Igreja Católica, a doutrina previdencialista do *Welfare State*, após a quebra de 1929 da Bolsa de Nova York, a explosão demográfica nos países do Terceiro Mundo, fortalecendo o conceito de que a propriedade deve ter um fim eminentemente social etc.

Apesar disso, havia ainda quem defendesse a impossibilidade da idéia do abuso de direito, dos quais o mais célebre é sem dúvida Planiol, ao afirmar que a expressão abuso de direito configuraria uma logomaquia, antítese lógica, pois o direito cessa onde o abuso começa. Para o eminente civilista francês, não pode haver uso abusivo de um direito, porque um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito. Também Dessertaux seguiu pela mesma trilha, propondo inclusive a substituição da expressão por conflito de direitos.⁴

No entanto, a concepção contrária fortalecia-se, pois urgia reconhecer que certos atos, ainda que aparentemente conformes à lei, na verdade eram contrários à moral e aos princípios gerais de direito - ou seja, eram contrários ao ordenamento jurídico visto como um sistema não apenas de normas postas, mas, e principalmente, como um sistema dotado de valores éticos e que possui uma função teleológica em face da sociedade a que se dirige.

Lembrou-se, ademais, que o próprio Direito Romano conheceu o abuso de direito, ainda que como exceção, já que a regra era a do absolutismo dos direitos. No entanto, as conhecidas máximas "summum jus, summa injuria" e "malitii non est indulgendum" demonstram, quando menos, que hipóteses havia em que o direito encontrava um limite, o que no direito intermédio ficou definitivamente assentado, com a ajuda dos canonistas, com a doutrina da *aemulatio*, fixando o princípio da proibição dos atos praticados com *animus aemulandi*. Reconhecida a possibilidade de que um direito possa ser exercido abusivamente, passou-se a discutir em

³ Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2ª ed., v. II, Paris, 1902, ns. 870 e ss., onde se lê: "On parle volontiers de l'usage abusif d'un droit, comme si ces deux mots avaient un sens clair et certain. Mais il ne faut pas en être dupe: le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir "usage abusif" d'un droit quelconque, parce qu'un même acte ne peut pas être tout à la fois conforme et contraire au droit".

⁴ Everardo da Cunha Luna, *Abuso de Direito*, Rio, Forense, 1959, p. 100; refere-se o autor que o próprio Planiol propôs uma nova expressão - uso abusivo, que não vingou por ser evidente a *contradictio in adjecto* de que é portadora.

que condições se configuraria o abuso de direito, daí surgindo as correntes básicas, objetivas e subjetivas, que até hoje se defrontam.

3. AS TEORIAS SUBJETIVAS DO ABUSO DE DIREITO

Com raízes na doutrina da emulação, que, como visto, reporta-se aos canonistas e ao próprio Direito Romano, muitas legislações passaram a aceitar o abuso de direito quando ficasse clara, na atitude do agente, a intenção de prejudicar alguém. Os indivíduos gozam de liberdade plena, desde que não se movam na exclusiva intenção de prejudicar outrem, não se indagando de culpa ou de desvio, da finalidade do direito, mas apenas da intenção do agente.

Observe-se que por essa teoria até mesmo o dolo eventual estaria excluído da caracterização da abusividade, posto que exigida a intenção, caso especial de dolo e que, critica-se com razão, restringe excessivamente a configuração do abuso, concedendo-se demais às liberdades individuais, em prejuízo da sociedade. As legislações alemã de 1900 e a austríaca de 1916 adotavam referido critério.

Outras teorias subjetivas exigem ocorra uma certa gravidade de culpa, ou seja, ter-se-á que aferir o grau de culpabilidade do agente,⁵ enquanto outras exigem culpa específica, isto é, culpa por abuso de direito, afirmando que o abuso de direito é um ato culposo mas não um ato ilícito, no que há sem dúvida uma clara contradição teórica.⁶

Tais teorias têm em comum a necessidade de demonstração de prejuízo por parte do atingido pelo ato que se quer imputar como abusivo. Não se questiona se o direito foi desviado de sua finalidade ou não, mas se vai examinar a intenção que moveu o agente, ou, quando menos, se não agiu ele de forma manifestamente negligente ou imprudente, caracterizando com a gravidade de sua culpa o abuso de direito.

4. AS TEORIAS OBJETIVAS DO ABUSO DE DIREITO

Duas as principais correntes dentro das teorias que procuram explicar objetivamente o abuso de direito, as que afirmam consistir o abuso no exercício anormal de um direito, da qual o principal expoente é Saleilles, e a que defende o ato abusivo quando deixe ele de atender à sua finalidade, à função para a qual o direito foi criado e justificadamente existe.

Para Saleilles, o ato abusivo é um ato anormal, porque contraria a finalidade

⁵ "L'abus du droit est-il une application de l'article 1382? Pour M. Porcherot, il n'en est pas ainsi. Il y a ici une autre théorie, construite librement. Il ne suffira pas d'avoir commis une faute quelconque. Il faut que l'imprudence ou négligence dans l'exercice du droit ait une certaine gravité. Ainsi en est-il pour le droit d'ester en justice". René Dernogue, *Traité des Obligations*, t. IV/373, Paris, 1924.

⁶ "Pour le doyen Bonnard, l'abus de droit est une notion d'une spécificité absolue; il admet cependant qu'il constitue une faute, et oppose la "faute pour abus de droit" à la "faute pour illicéité". René Chapus, *Responsabilité Pratique et Responsabilité Privée*, p. 390, nota 389, Paris, 1954.

econômica e social do direito - ato sem conteúdo jurídico, economicamente prejudicial e reprovado pela consciência pública. O critério é eminentemente econômico.⁷

Já o critério finalista tem em Josserand seu mais ilustre Defensor, na síntese perfeita de que "L'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité".⁸ Para o consagrado Mestre francês, existe o abuso de direito quando o ato é exercido de acordo com o direito da pessoa e contrariamente às regras sociais; desse modo, os pretensos direitos subjetivos não passam de direitos funções, que têm finalidade a cumprir e dela não se podem desviar, sob pena de cometimento de um abuso de direito.

Observe-se que não há de se investigar o elemento subjetivo do ato, porque não é dado ao juiz penetrar o recôndito da alma humana. Não importam o dolo ou a culpa, mas o fato material, somente; causado o dano mediante a prática de um ato abusivo, está o agente obrigado a reparar o dano, é responsável pelo prejuízo ocorrido.

A origem do critério finalista está ligada em ideais e princípios que dizem respeito à finalidade social do direito, visto em seu conteúdo ético e moral. Conforme ensina Alvinho Lima, "a teoria do abuso de direito, proclamando a relatividade dos direitos, não negou a existência dos direitos subjetivos, mas exaltou a influência da moral no direito, combatendo o que Sílvio Trentin chama de "egotismo", isto é, doutrinas que defendem o indivíduo limitado em si próprio... Vence o "egotismo" dos que, sob o conceito de direito absoluto, fechado nos limites imprecisos e incompletos da norma positiva, lesam os direitos de terceiros, causando-lhes danos, sem obediência aos princípios superiores da conduta humana, os quais não podem estar consubstanciados nos preceitos da lei".⁹

Em síntese, para a teoria finalista - e, como se verá, para a nossa lei civil - o abuso de direito "é a ilicitude, a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica".¹⁰ É a condenação do que contrarie os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, ainda que sob o manto da legalidade estrita, em combate à amoralidade e ao positivismo que a justifique em nome de um suposto império da lei.

5. O ABUSO DE DIREITO NA LEI

Além da previsão geral do art. 5º da LICC, outras hipóteses têm sido vistas pela doutrina como condenações ao abuso de direito. Inserem-se, dentre elas, o art. 100 do CC, prevendo a anormalidade do exercício de um direito a caracterizar a coação; os arts. 526 e 587 da lei civil, vedando a má utilização da propriedade; os

⁷ *Apud* Everardo da Cunha Luna, ob. cit., p. 81.

⁸ *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, 1972.

⁹ Alvinho Lima, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, verb. "Abuso de direito", v. 1/348.

¹⁰ Adroaldo Leão, *O Litigante de Má-Fé*, Rio, Forense, 1982, p. 10.

arts. 584 e 585 da mesma lei, vedando a poluição da água utilizada por terceiros. Ainda na lei civil, os arts. 1.530 e 1.531 proíbem o exercício abusivo do direito de demanda, o que o Código de Processo Civil cuida de fazer, em detalhes, nos arts. 16-18, disciplinando as hipóteses e as punições à litigância de má-fé. Também na Lei de Falências está prevista a responsabilização, por perdas e danos, de quem abusou do direito de demandar o pedido de falência (art. 20 do Dec.-lei 7.661/45); e o Código de Defesa do Consumidor prevê inúmeras hipóteses de abusividade, por exemplo no rol do artigo 51, inovador à época, ao estabelecer a nulidade contratual de pleno direito, ao caracterizarem-se as situações elencadas.

No novo Código Civil, repetem-se as disposições relativas à coação, como exercício anormal de um direito (artigo 153, “a contrario sensu”), bem como as previsões vedando a má utilização da propriedade, em seção autônoma a normatizar seu uso anormal – artigos 1277 a 1281. O abuso no exercício de demandar é especialmente punido, com maior rigor, no inciso V e no parágrafo único do artigo 14 do CPC, ambos com redação dada pela lei 10.358/01, prevendo a violação aos deveres de cumprimento com exatidão dos provimentos mandamentais e de livre efetivação dos provimentos judiciais como ato atentatório ao exercício da jurisdição (“contempt of court”).

Além destas disposições, frise-se a importância, para parte expressiva da doutrina, da interpretação do art. 160, I, do CC, ao prever como ilícito, por interpretação *a contrario sensu*, o exercício irregular de um direito reconhecido. Para Clóvis, inclusive, está aí o reconhecimento do abuso de direito na lei pátria. No novo Código Civil, a regra é repetida pelo artigo 188, inciso I.

Como seja, o fato é que muitas disposições legais podem ser entendidas como reconhecedoras da teoria do abuso de direito, mormente quando visem a ajustar certas relações sociais às exigências do bem da coletividade, obstaculizando atitudes meramente emulativas ou danos injustos, injustificáveis sob o prisma social ou econômico, independentemente da intenção de lesar do agente.

6. A DOCTRINA BRASILEIRA

De modo geral, a doutrina brasileira admite o abuso de direito, bem como sua ilicitude. Entretanto, esse reconhecimento varia imensamente na forma, em face das teorias objetivas e subjetivas. Eis alguns exemplos dessas divergências:

6.1 Washington de Barros Monteiro e Carvalho Santos admitem o abuso de direito apenas quando haja a intenção maléfica do autor do ato danoso. Exigem a emulação para caracterização do ato como abusivo, filiando-se pois à teoria subjetiva.

6.2 Clóvis Beviláqua entende que a lei brasileira acolheu a doutrina de Saleilles, do abuso de direito como exercício anormal de um direito, não se indagando, pois, do elemento subjetivo. Filia-se à teoria objetiva e cita o reconhecimento do abuso, na lei civil, nos arts. 160, I, e 100 do CC.

6.3 Everardo da Cunha Luna, em sua monografia sobre a matéria, só admite o abuso de direito quando derivado de culpa ou dolo. Embora seja mais flexível do que aqueles que exigem sempre a intenção dolosa, não se filia também à teoria objetiva de conteúdo social e econômico.

6.4 Pedro Baptista Martins, igualmente em monografia sobre a matéria, demonstra tendência em aceitar o critério econômico de Brethe, filiando-se pois à teoria objetiva, posto que abusivo todo ato que contrarie os fins econômicos e sociais do direito.

6.5 Para Adroaldo Leão, e conforme a definição de Josserand, abuso de direito é a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica; filia-se à teoria objetiva.

6.6 Também Sílvio Rodrigues filia-se à teoria objetiva, em aceitação ao critério finalista defendido por Josserand, argumentando que a lei brasileira admitiu o abuso de direito no art. 5º da LICC.

6.7 Haroldo Valladão, embora condene o abuso de direito, defende que seu reconhecimento atual é de *lege ferenda*, pois não o reconhece no inc. I do art. 160 do CC e não analisa o cabimento em face do art. 5º da LICC; propõe mudanças para que seja coibido o exercício anti-social, egoísta ou excessivo do direito.

6.8 Por fim, o mestre Carlos Alberto Bittar, após frisar tratar-se de matéria muito discutida entre nós, filia-se à teoria objetiva, segundo o critério finalista, defendendo a configuração do abuso pelo excesso, no exercício de direito, aos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes, consoante a redação do art. 185 do projeto de Código Civil. Afirma a aplicação da teoria jurisprudencialmente, em que pese à dissensão doutrinária existente.

Ainda professando a teoria finalista, podem ser citados Eduardo Espínola e José Olímpio de Castro Filho, este em obra clássica sobre o abuso de direito processual (*Abuso do Direito no Processo Civil*, Rio, Forense, 1960, p. 21), além de Alvino Lima, que destaca a necessidade de atendimento aos princípios superiores da moral, vencendo os limites imprecisos e incompletos da norma positiva.

Como se constata, a maior parte de nossa doutrina admite, implícita ou explicitamente, o reconhecimento do abuso de direito no ordenamento jurídico. Variam, porém, e grandemente, os critérios de aceitação da teoria, alguns baseando-se nos critérios de ordem subjetiva, outros defendendo os critérios teleológicos da norma jurídica. Como exposto, filiamo-nos a estes últimos, por considerarmos que o abuso de direito se configura na ocorrência de um dano, objetivamente injusto, decorrente de um ato praticado em contrariedade às finalidades sociais da norma jurídica.

7. O ABUSO DE DIREITO NA JURISPRUDÊNCIA

De há muito se reconhece a possibilidade de ocorrência do chamado dolo processual, ou seja, do abuso no direito de demandar, posto que já o Código de

Processo Civil de 1939 previa responder por perdas e danos aquele que intentasse demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

Exemplo típico de aplicação dessa regra jurídica era a decretação do despejo do locatário que obrigasse o locador a, sistematicamente, propor ações de despejo por falta de pagamento para receber os aluguéis em Juízo. Essa atitude da jurisprudência terminou por fim em direito posto, estabelecendo o §2º do art. 36 da Lei 6.649/79 limitação ao benefício legal de purgação da mora em Juízo. Outro exemplo, condenado sistematicamente pela jurisprudência, está na atitude do credor que, ao invés de se valer das vias próprias para cobrança de um débito não representado por título executivo, saca letra de câmbio, a vista, com o objetivo de coagir o devedor ao pagamento.

Também são inúmeros os exemplos de julgados restabelecendo o equilíbrio das relações de vizinhança, em respeito à utilização social da propriedade e em condenação às atitudes meramente emulativas de proprietários na construção de benfeitorias objetivando unicamente o prejuízo de terceiros.

A jurisprudência também aplica a teoria do abuso de direito quando declare a nulidade de um ato administrativo desviado de sua finalidade legal (v. g., a desapropriação de um imóvel por vingança do alcaide contra um seu desafeto político) .

Já a lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) tem sido fonte de inúmeras decisões caracterizando o abuso de direito, mormente em face de seu artigo 51 e incisos, que contêm rol expressivo de situações configuradoras da abusividade.

Seria ocioso citar as inúmeras hipóteses em que, implícita ou explicitamente, os julgadores se socorrem da teoria do abuso de direito para obstar a obtenção de finalidades excusas pelo agente ou, ainda, para evitar um dano objetivamente injusto a terceiros, independentemente da intenção do agente. Pode-se afirmar, porém, com segurança, a quase unanimidade da aceitação, pela jurisprudência, do ato abusivo - e sua conseqüente condenação nas hipóteses concretas em julgamento.

8. DO NOVO CÓDIGO CIVIL

O novo Código Civil, ora em "vacatio legis" e que deverá vigorar a partir de 11 de janeiro de 2003, previu expressamente a figura do abuso de direito, em seu artigo 187: **"Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"**.

Resta claro ter o novo Código abraçado a teoria objetiva, configurando a ilicitude pelo só fato da "violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, independentemente de dolo ou culpa (Alvino Lima, "Culpa e Risco", 2ª ed., nº 48, p. 252)" ("apud" NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY, "Novo Código Civil e Legislação Extravagante", Edit. RT, 2002, p. 109).

Não haverá necessidade, pois, da prova de ter o agente, intencionalmente, desejado causar prejuízo à vítima, até porque a abusividade existirá por si só, ainda que dano concreto não tenha sido causado. Já o artigo 188, inciso I, do novo Código prevê a mesma hipótese do artigo 160, inciso I, do Código de 1916, permanecendo a possibilidade de se vislumbrar o abuso, “a contrario sensu”, no exercício irregular de um direito reconhecido – também aí objetivamente, pois somente no artigo 186 do novo Código (correspondência quase integral com o atual artigo 159) exige-se a culpa, em sentido amplo, para caracterização do ilícito.

O abuso de direito agora consagrado em nossa lei civil tem como fonte imediata o artigo 334 do Código Civil português e este, por sua vez, remete-se ao Código Civil grego, em seu artigo 281. Confirma-se a extrema similitude com a lei civil portuguesa: **“É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”**

É o reconhecimento legal, por fim, do relativismo de qualquer direito no ordenamento jurídico brasileiro, vinculado seu exercício a seus fins sociais e econômicos, à boa-fé e aos bons costumes, bem como ao exercício normal ou regular do direito.

9. O ABUSO DE DIREITO COMO ATO ILÍCITO

Conforme retro-exposto, é defendido pela teoria objetiva, finalista, a diferenciação entre o que é ilegal e o que, embora aparentemente conforme à lei, se divorcie do ordenamento jurídico enquanto sistema de valores éticos e morais, além de jurídicos. Nesse sentido, a aceitação da idéia de que do abuso de direito possa decorrer responsabilidade para o seu autor passa, necessariamente, por sua configuração como ato ilícito - e para isso se terá que entender o ilícito diferentemente do ilegal.

Com efeito, ensina o mestre Carlos Alberto Bittar que “recebe - como também assentado - o nome de “ato ilícito” (a faute, dos franceses) quando contrária a dever geral previsto na ordem jurídica observados os demais condicionamentos técnicos apontados - integrando-se, então, ao campo da responsabilidade extracontratual (CC brasileiro, art. 159) “. ¹¹ Ou seja, também será ilícito o ato que fere a ordem jurídica ainda que tenha, em princípio, obedecido à ordem legal. Ora, o exercício abusivo do direito fere justamente a ordem jurídica. ainda que conforme à lei; como visto. é no desvio de sua finalidade social que o ato se caracteriza como um abuso - ferindo o ordenamento jurídico e, por conseguinte caracterizando-se como *ato ilícito*.

Configurado o ilícito, pode-se então falar em responsabilidade derivada do abuso de direito. É ainda Bittar quem ensina, frisando tratar-se de orientação universal, que nas atividades não perigosas o princípio fundamental é o da responsabi-

¹¹ Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*, São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 61.

lidade com culpa, originando-se, pois, somente de ato ilícito à vista do disposto nos arts. 159 e 1.057 do CC.¹²

Qual o critério, porém, na análise do ato como abusivo, que permitirá ao juiz definir um ato como tal, já que precisará ele definir o ilícito praticado em face do ordenamento jurídico e não, estritamente, em face da lei? É nesse ponto que, a nosso ver, devam ser aplicados, coercitivamente, os princípios gerais de direito, e principalmente - na hipótese - aqueles definidos na Lei de Introdução ao Código Civil, que melhormente seria chamada como Haroldo Valladão projetou, “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”.¹³

Embora se trate de discussão inesgotável, e em cuja raiz se debatem positivistas e naturalistas de há muito, temos que os princípios gerais de direito configuram regras normativas, a serem aplicadas na omissão da lei posta, conforme ensina o mestre Limongi França;¹⁴ e, muitas vezes, quando postos como regras de aplicação da própria lei posta dão ao juiz a necessária margem de flexibilidade para interpretar a norma jurídica, bem como determinar sua aplicação, de acordo com esses princípios universais, entre nós previstos expressamente nos arts. 4º e 5º da LICC.

Ora, dispõe o citado art. 5º da LICC que o juiz, ao aplicar a lei, “atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. A explícita menção, como regra de aplicação da lei pelo juiz, do atendimento aos fins sociais da norma, configura claramente o reconhecimento de que deve ser coibida a prática de atos que desatendam a esses mesmos fins sociais - por interpretação lógica do referido dispositivo - ou seja, deve ser coibido o abuso de direito, que, como visto, se caracteriza justamente pelo ato praticado em desatenção à finalidade da lei e do Direito enquanto sistema ético e moral.

Já para quem defende a configuração do abuso de direito na regra do inc. I do art. 160 do CC, e dentre eles o grande Clóvis Beviláqua, estamos com Haroldo Valladão, para quem a citada norma visa simplesmente a algum defeito legal no exercício irregular de um direito e não o seu exercício de modo egoísta, excessivo ou anti-social, que conforme a teoria finalista já exposta é o que caracteriza o abuso de direito.¹⁵

Temos, em suma, que o critério da própria lei é o de prever, coercitivamente, que se atenda aos seus fins sociais. Desatendidos esses fins, e dependendo de cada caso concreto, poderá estar caracterizado o abuso de direito, e com ele o

¹² Idem, p. 71.

¹³ Haroldo Valladão, artigo em *Estudios de Derecho Civil -En Honor dei Prol. Castan Tobeñas, Pamplona, ed. Universidad de Navarra*, 1969, pp. 637-643. O texto proposto para configuração do abuso na projetada Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, sob a rubrica “Condenação do Abuso de Direito”, é o seguinte: “Art. 11. Não será protegido o direito que for ou deixar de ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social”.

¹⁴ R. Limongi França, *Princípios Gerais de Direito*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1971, p. 240. Ensina o mestre das Arcadas que “os princípios essenciais, não obstante, constituem o fanal que deve iluminar o aplicador, mesmo quando lhe seja dado resolver a controvérsia, logo nos degraus primeiros da matéria”.

¹⁵ Haroldo Valladão, artigo cit., p. 641.

ilícito e a responsabilidade pelas conseqüências danosas do ato abusivo, posto que aquele que causa dano injusto a outrem pode ser compelido a repará-lo. Lembre-se que a reparação será possível não só quando o causador do dano tenha agido em desacordo com a lei e com a intenção manifesta de prejudicar terceiros, como também quando tenha desatendido aos fins sociais da lei, ainda que a atuação do agente se tenha adstrito aos limites aparentes de seu direito subjetivo.

Quanto à definição do que é finalidade social, não falta quem entenda, como os irmãos Mazeaud e Ripert,¹⁶ que esse critério é por demais abstrato e, se acolhido, deixaria perplexo o julgador, por não se ter onde buscá-lo à luz de um critério técnico.

Nada vemos, porém, de inatingível nessa tarefa de buscar em cada caso concreto o que seja a finalidade social da norma jurídica, posto que também é o juiz quem define, caso a caso, o que seja negligência, imprudência e imperícia; posto que é justamente ao juiz que cabe interpretar o alcance, a abrangência da norma em face da hipótese em julgamento; posto que em inúmeros casos a própria lei fixa, como parâmetro de decisão da causa, o prudente arbítrio do juiz.

Não se há de esconder que em toda decisão existe forte carga de subjetivismo, próprio da formação, da ideologia, dos ideais de cada julgador. Mas nenhuma lei jamais conseguirá tirar do juiz sua individualidade, e os reflexos dela no momento da decisão. Ademais, lembra o abalizado Sílvio Rodrigues que a decisão do juiz inferior será revista pelos órgãos recursais, o que tornará extremamente provável que a sentença final atenda aos ditames da justiça;¹⁷ o fato é que a margem de liberdade para fixar o que seja o fim social da lei nada mais é do que função própria do Poder Judiciário, nunca sendo demais lembrar que é a própria Lei de Introdução ao Código Civil que impõe ao juiz a observância dessa finalidade quando da aplicação da norma jurídica.

Posta a questão nesses termos, é possível concluir que é tarefa da jurisprudência, dinâmica por natureza e necessariamente atenta a seu tempo, definir a finalidade social da lei em cada caso concreto, em face da realidade social, cultural e econômica vivida em cada momento histórico. Nada se estará fazendo além de dar cabal atendimento à regra do art. 5º da LICC, dado ser coercitiva a regra que manda ao juiz atender às finalidades sociais da lei quando de sua aplicação.

¹⁶ *Apud* Everardo da Cunha Luna, ob. cit., pp. 84-87.

¹⁷ Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 4, *Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 56 e 57. As objeções de Mazeaud e Mazeaud são assim traduzidas pelo mestre paulista: "Não que tenhamos demais o arbítrio do juiz; confiamos nele; é indispensável não o prender a regras fixas. Ao menos é preciso que ele saiba o que se lhe pede. Ora, o que se lhe pede? Pede-se-lhe de determinar a função social de um direito, de dizer com que escopo o legislador reconhece a existência do direito de propriedade, do pátrio poder etc. Uma tal questão não comporta solução sobre o terreno jurídico, porque é imensa. O juiz, compelido a respondê-la, deverá sair do domínio do Direito; ele cairá no domínio da política. Eis o perigo do critério: um socialista terá o mesmo conceito sobre o fim para o qual é conferido o direito de propriedade, ou o direito de associação, que um adversário da doutrina de Karl Marx? Evidentemente não. Defender a doutrina da finalidade social dos direitos, não é absolutamente cair no socialismo, mas é compelir o juiz a encarar o problema da responsabilidade sob o ângulo da política".

10. CONCLUSÕES

Sem qualquer intenção de haver esgotado o assunto que é por demais amplo e que tem matizes que escapam ao objetivo deste trabalho, que é apenas o de demonstrar o cabimento do abuso de direito e a responsabilidade de quem tenha lesado terceiros na prática desse abuso, pode-se concluir, a respeito do aqui exposto:

10.1 O exercício abusivo de um direito fere frontalmente o ordenamento jurídico, ainda que aparentemente conforme à lei; caracteriza-se, aí, como um ato ilícito.

10.2 Por ser ilícito, o ato abusivo gera a responsabilidade do agente ao ressarcimento dos danos que injustamente tenha causado a terceiros.

10.3 A configuração do abuso de direito dependerá da análise judicial, em cada caso concreto, de haver o ato sido praticado em desconformidade com a finalidade social da lei e às exigências do bem comum, independentemente da intenção do agente em criar o prejuízo.

10.4 *Em síntese*: do abuso de direito decorre a responsabilidade pela reparação do dano, objetivamente injusto, causado a terceiros por desvio de finalidade quando da prática do ato lesivo.

O NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA FADIPA E O PODER PÚBLICO

Cláudio Antônio Soares Levada*

Temos ouvido, por vezes, críticas dos ilustres advogados jundiaenses à existência do Serviço de Assistência Judiciária Gratuita municipal – Casa da Cidadania e, no que diz respeito à FADIPA, Núcleo de Prática Jurídica – e, considerando-se a relevância do assunto tanto para a nobre classe como para os alunos de Direito, permito-me expor minha opinião, enquanto Coordenador Geral do citado núcleo de estágio jurídico.

Em primeiro lugar, o atendimento à população carente de meios necessários para a contratação de um advogado particular se dá em obediência a preceito constitucional, que garante a todos o acesso à Justiça, direito fundamental consubstanciado no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, ao prever que **“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”**. Quando o município chama para si essa incumbência, presta uma colaboração aos poderes públicos federal e estadual que já era prevista no artigo 1º da lei 1060/50, há mais de cinquenta anos, portanto:

“Art. 1 - Os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados, nos termos desta lei (vetado). (Redação dada pela Lei 7510, de 04.07.86).”

Por outro lado, como paliativo à inexistência de profissionais suficientes, no âmbito da Procuradoria do Estado (órgão já paliativo, por sua vez, já que para atendimento aos carentes deveria existir a Defensoria Pública, como estabelecido no artigo 103, “caput”, da Constituição do Estado de São Paulo: **“À Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, compete a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, em todos os graus.”**), criou-se a figura do convênio com a Colenda Ordem dos Advogados do Brasil, para nomeação de profissionais que, indicados pela Ordem e nomeados judicialmente, venham também atender aos necessitados de assistência judiciária, sem prejuízo da colaboração que o Município possa prestar – aspecto previsto há mais de cinquenta anos, repita-se.

Já a Portaria MEC nº 1.886/94 estabeleceu a obrigatoriedade do estágio prático na formação do estudante de Direito, com a carga curricular de 300 horas divididas entre o 4º e o 5º ano, das quais 180 horas mínimas são necessariamente de atividades práticas, consistentes no atendimento de casos concretos, à evidência daqueles que não tenham meios financeiros de contratação de advogados particulares. Confira-se o teor dos artigos 10 e 11 da citada Portaria ministerial:

* Professor de Direito Civil e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da FADIPA

“Art. 10 - O estágio de prática jurídica, supervisionado pela instituição de ensino superior, será obrigatório e integrante do currículo pleno, em um total mínimo de 300 horas de atividades práticas simuladas e reais desenvolvidas pelo aluno sob controle e orientação do núcleo correspondente.

§ 1º - O núcleo de prática jurídica, coordenado por professores do curso, disporá de instalações adequadas para treinamento das atividades profissionais de advocacia, magistratura, Ministério Público, demais profissões jurídicas e para atendimento ao público.

§ 2º - As atividades de prática jurídica poderão ser complementadas mediante convênios com a Defensoria Pública e outras entidades públicas, judiciárias, empresariais, comunitárias e sindicais que possibilitem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e em assistência jurídica, ou em juizados especiais que venham a ser instalados em dependência da própria instituição de ensino superior.

Art. 11 - As atividades do estágio supervisionado serão exclusivamente práticas, incluindo redação de peças processuais e profissionais, rotinas processuais, assistência e atuação em audiências e sessões, visitas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnicas de negociações coletivas, arbitragens e conciliação, sob o controle, orientação e avaliação do núcleo de prática jurídica.”

Sem o cumprimento dessa carga curricular o estudante não se forma, não se habilita, como bacharel, à prestação futura do Exame de aptidão da OAB, pois se trata de pressuposto necessário à sua graduação final.

Ou seja, os Núcleos de Prática Jurídica não dependem de convênios com a Municipalidade para existir, pois sua existência decorre de norma jurídica posta que obriga as faculdades de Direito a criá-los. Tanto melhor e louvável que a Prefeitura, demonstrando sensibilidade social e política, como tem sido a tônica nessa matéria, tenha firmado tais convênios para auxiliar o atendimento à população carente, suprimindo o que a inexistente, mas prevista, Defensoria Pública não faz. Mas a prática jurídica por parte dos alunos terá que ocorrer de qualquer forma, com ou sem convênios, sem o que a FADIPA não estará habilitando o aluno ao futuro exercício profissional, nem sequer podendo graduá-lo, como já exposto (em Campinas, só determinada instituição particular de ensino jurídico possui dez postos avançados para atendimento à população).

Compreende-se a justa apreensão dos profissionais da Advocacia em razão das dificuldades notórias de mercado. Mas é preciso conciliar os interesses em jogo, cada qual em seus respectivos setores e âmbito de competência, levando-se em conta o princípio maior de acesso irrestrito ao Judiciário de todo e qualquer do povo, e o dever do Poder Público de oferecer tal atendimento, por força de mandamento constitucional maior, o que acaba sendo atribuído à Colenda Ordem dos Advogados do Brasil, subsidiariamente, somente pela falta de estrutura do Estado em cumprir adequadamente o seu papel.

O ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

*Luciana Cordeiro de Souza**

1- CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Importante ressaltar que o homem e o meio ambiente que o cerca devem formar um conjunto harmônico e, para que isto ocorra, há a necessidade precípua de uma política de preservação ambiental. Sem isto, não haverá a possibilidade de se conjugar este binômio: homem e meio ambiente.

Nunca foi tão importante a prevenção ambiental; a humanidade como um todo vive, atualmente, um momento crítico de sua existência - o de reparar os erros do passado - compensando ou buscando mitigar os efeitos negativos da ação do homem sobre a natureza, bem como prevenindo futuras ocorrências danosas que poderiam até culminar com o fim de sua existência sobre a terra.

Ao homem foi dado o livre arbítrio. Diversamente dos outros animais, foi-lhe dado a racionalidade, externada por sua inteligência ímpar, porém não é ele capaz de respeitar seus semelhantes, os outros animais, nem tão pouco a natureza que o circunda e da qual depende. Polui, destrói, mata, desequilibra a fauna e a flora. Sente-se um ser superior, mas é tão inferior em seu amor próprio!

Ao homem, repita-se, tudo foi dado, mas tudo pode lhe ser tirado se ele não aprender a respeitar e buscar formas de prevenir ações danosas que venham a incidir no meio ambiente.

O ser humano deve conscientizar-se de que, para continuar existindo sobre a face da terra - perpetuando sua espécie - deve precipuamente preservar o todo à sua volta, sob pena de que nada restará para as gerações futuras, e isto é uma questão de sobrevivência. Não se trata de um pensamento trágico, mas triste constatação da realidade. Questiona-se: estar-se-ia vivendo uma evolução ou involução da raça humana? É só parar e pensar!

Desta idéia, o ambiente não está vinculado apenas ao país onde o bem se encontra. É um bem transnacional e transtemporal que pertence a todos os povos de todos os tempos. Trata-se de um bem difuso, um bem de uso comum do povo.

No artigo da lauda do Juiz Fernando Costa Tourinho Neto¹, podemos encontrar em suas palavras a clareza do pensamento que se busca demonstrar: “Temos de proteger a natureza e o meio ambiente para a nossa própria salvação. Não é por altruísmo e sim por puro egoísmo. Precisamos, pois, preservar o meio ambiente –

* Mestre e doutoranda em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Advogada, Professora de Ciências Políticas da Faculdade de Direito Padre Anchieta e Professora Assistente de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da PUC/SP. Contato: email - lucordeiro@uof.com.br

¹ Fernando da Costa Tourinho Neto. Dano ambiental. *Revista Jurídica Consulex* . n. 2 , de 29/02/1997.

a flora a fauna, o solo, o ar, a água – para termos uma boa qualidade de vida. Para conseguirmos isso, é preciso desenvolver uma consciência ecológica, uma consciência voltada para a recuperação da qualidade ambiental, caso contrário o mundo estará perdido. Sim, o mundo. Aquele que polui o ar prejudica não só a si como a toda uma comunidade. A devastação das florestas muda o clima não só para aqueles que a devastaram, mas para toda a coletividade. O comprometimento da qualidade de vida é para todos, para a humanidade. As agressões ecológicas atingem a todos, pois não respeitam fronteiras.”

O direito ambiental é de suma importância. Proteger, preservar é uma questão de sobrevivência do ser humano neste planeta, sem mencionar o direito dos demais seres vivos em permanecerem sem ameaça de extinção.

O meio ambiente deve ser preservado para o bem estar, a segurança e a dignidade da raça humana.

Ao se fazer uma alusão histórica, pode-se buscar o exemplo dos índios, profundos amantes da natureza e respeitadores do meio ambiente, sabedores que deste provém todos os recursos para sua existência, e que ao retirarem qualquer elemento da natureza, seja ao colher, caçar ou pescar pensam sempre em sete gerações futuras. Já o “homem branco”, em seu relacionamento com a natureza, deixa sempre um rastro de destruição, não pensa no amanhã, busca o “progresso” acima de tudo, não consegue nem sequer pensar nos seus filhos; saqueia a natureza como quem vai a um supermercado, como se, em seguida, fosse surgir um repositior e encher as prateleiras, os recursos naturais não são renováveis se não ficarem raízes, sem que haja sementes nada pode nascer, tudo se extingue. Somos todos sementes!

Neste sentido, já em 1.977 afirmava Ramón Martín Mateo : “ O homem de hoje usa e abusa da natureza com se fosse o último inquilino deste planeta, como se adiante não se anunciasse um futuro.”²

Ao mencionar a cultura indígena, vale colocar um trecho da Carta do Cacique Seattle, da Tribo Duwamisk, datado de 1.855, enviada ao Presidente dos EUA, Franklin Pierce, mencionada em artigo do ilustríssimo Juiz Tourinho Neto, que **preceitua:** “De uma coisa sabemos: A terra não pertence ao homem; é o homem que pertence à terra, disso temos certeza. Todas as coisas estão interligadas, como o sangue que une uma família. Tudo está relacionado entre si. Tudo quanto agride a terra, agride os filhos da terra, não foi o homem quem teceu a trama da vida. Ele é meramente um fio da mesma. Tudo que ele fizer à terra, a si próprio fará.”

Não obstante estas colocações pseudo pessimistas, na verdade o conteúdo deste trabalho vem trazer à luz, através do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, um acalento quanto aos mecanismos de “prevenção” ao meio ambiente. Vem trazer informações de como solucionar e até conter, de certa forma, o tão desejado, sonhado e aclamado avanço tecnológico no que tange às afetações ao meio ambien-

² Ramon Martín Mateo, *Derecho Ambiental*, p. 21.

te, e chamar a atenção para o fato de que se deve conciliar o capitalismo com a prevenção ambiental; deve-se buscar pelo “desenvolvimento sustentável” em todas as ações interventoras do meio ambiente.

2- CONCEITOS

2.1- MEIO AMBIENTE

Antes, porém, de se conceituar Meio Ambiente, convém lembrar importante ensinamento do ilustre Prof. José Afonso da Silva³, asseverando que a palavra *ambiente* indica esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra *meio*. Por isso, até se pode reconhecer que, a expressão *meio ambiente*, denota certa redundância, ou em linguagem técnica, pleonasmos, mas a idéia do legislador é a de reforçar o sentido da expressão.

A expressão “meio ambiente” é um pleonasmos consagrado pelo uso. Acorde Aurélio Buarque de Holanda Ferreira: “Ambiente.” (do lat. Ambiente) Adj. 2g. 1. “Que cerca ou envolve os seres vivos ou as coisas. Por todos os lados; envolvente; meio ambiente”.

Não obstante, a forma pleonástica foi adotada pela Constituição Federal nos artigos 5º, LXXIII; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 170, VI; 174, § 3º; 186,II; 200, VII; 216, V; e 225).

Ainda, no art. 2º, I, da Lei 6.938/81, o meio ambiente é considerado “um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.”

Das lições do mestre José Afonso da Silva, convém destacar: “O conceito de meio ambiente, há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.⁴

Na Constituição Federal, em seu artigo 225, encontramos dispositivo referente ao direito do cidadão de viver em um meio ambiente equilibrado:

“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.”

E, quando o texto constitucional se refere ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não faz distinção, refere-se a tudo o que nos cerca, garantindo este direito a todos.⁵

³ José Afonso da Silva. *Direito Ambiental Constitucional*. p. 1.

⁴ *Ibid.*, mesma página.

⁵ Por isso, cabe salientar grave erro, sempre divulgado pela mídia que, ao se reportar ao meio ambiente, apenas o faz como se fosse algo ligado a questões relativas a desmatamento ou preservação de animal em extinção, fazendo crer que somente estes fatos merecem atenção, enquanto que, se houvesse uma programa de educação ambiental, as crianças e jovens aprenderiam a preservar. A lei não pode ter, como único escopo, a punição, mas deve principalmente primar pela preservação, protegendo bens que, por natureza, se tornam, muitas vezes, insubstituíveis e irreparáveis, assim como a vida.

2.2- ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL:

A consolidação crescente da consciência ecológica e da política de meio ambiente tem dado ensejo ao aparecimento de novos enfoques técnicos e administrativos, destinados a subsidiar o gerenciamento ambiental. O próprio planejamento ambiental apresenta-se, em seu conjunto, como uma ação preventiva de largo espectro, destinada a avaliar previamente os efeitos das intervenções sócio-econômicas no meio físico, de modo a procurar a harmonia dos assentamentos humanos e sua atividade com o seu entorno natural.

Um dos instrumentos de política ambiental mais empregado nas ações de planejamento são os Estudos de Impacto Ambiental - EIAs associados aos Relatórios de Impacto Ambiental - RIMA- que, em geral, transcendem as fontes pontuais de poluição para abrangerem contextos mais amplos e significativos.⁶

Vale dizer que o vocábulo impacto, de acordo com o Aurélio, é sinônimo de choque, colisão.⁷

O ilustre José Afonso da Silva⁸ assevera que: "A ação predatória do meio ambiente se manifesta de várias maneiras⁹, consciente ou inconscientemente, quer destruindo os elementos que o compõem, quer contaminando-o com substâncias que lhe alterem a qualidade. Esse choque da ação sobre o meio, que pode abalar sua estrutura, sua qualidade, mais ou menos profundamente, é que se chama *impacto*."

Impacto ambiental é, pois, qualquer degradação do meio ambiente, qualquer

⁶ Alaôr Caffé Alves, então Secretário do Meio Ambiente, texto de apresentação do Manual de Orientação do EIA/RIMA.

⁷ *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Ed. Nova Fronteira, 2ª ed., 1986, Rio de Janeiro, p. 920.

⁸ Op. cit., p. 196.

⁹ Neste sentido: Helita Barreira Custódio. Avaliação de impacto ambiental no direito brasileiro. p.69-73., traz uma visão bem ampla desta problemática: "A avaliação de impacto ambiental, direta ou indiretamente relacionada com a preservação do meio ambiente e a proteção da saúde, da segurança, do sossego e do bem-estar da população, constitui instrumento de real importância e atualidade, diante das graves e crescentes repercussões prejudiciais, decorrentes notadamente da execução de projetos de serviços, construções ou obras de interesse público ou particular, da realização de atividades industriais ou comerciais, da exploração ou utilização de recursos naturais, da ocupação do solo, da aplicação de praguicidas e agrotóxicos na agricultura e nos alimentos em geral, além de outras atividades efetiva ou potencialidade poluidoras, sem as medidas preventivas ajustáveis, com iminentes riscos e danos ao patrimônio ambiental e, conseqüentemente, à saúde pública. A destruição progressiva notadamente dos recursos naturais, resultante da execução, autorizada ou irregular, de empreendimentos ou atividades relevantes em sua localização e dimensão, do uso nocivo da propriedade ou de sua exploração ou utilização irracional, do emprego de substâncias altamente tóxicas ou contaminantes na agricultura e nos alimentos em geral, da destruição ou degradação de florestas e demais formas de vegetação, com reflexos diretos ou indiretos à poluição do ar, das águas, do solo, do silêncio, da paisagem, à extinção de espécies vegetais e animais, à contaminação dos alimentos dos alimentos, em suma, com reflexos diretos à degradação ambiental, vem preocupando e alarmando cientistas e especialistas de diversas campos, em face dos iminentes perigos que comprometem a própria sobrevivência humana. Nesta ordem de considerações, não é supérfluo relembrar que as advertências e as denúncias, mais do que nunca, se multiplicam não só por parte de juristas, de cientistas, técnicos, especialistas e de intelectuais em geral, mas também por parte da imprensa e de todos os que se conscientizam dos graves problemas da devastação dos recursos naturais e da conseqüentemente deterioração do patrimônio ambiental do País, tanto o natural como o cultural. Mais do que nunca, nos últimos anos, a poluição do meio ambiente, como *fator negativo do progresso*, vem assumindo dimensões enormes, já alarmantes e preocupantes, o que impõe a necessidade da instituição de medidas urgentes e adequadas para a conciliação de interesses (privados, sociais e públicos) *ao justo equilíbrio entre os fatores positivos do desenvolvimento científico e tecnológico atual e seus inevitáveis efeitos prejudiciais à saúde e à própria vida.*"

alteração dos atributos deste. Seu conceito legal é calcado no conceito de poluição, mas não é só por esta que se causa impacto ambiental. Corte de árvores, execução de obras que envolva remoção de terra, terraplenagem, aterros, extração de minério, escavações, erosões, desbarrancamentos etc. são outras tantas formas de impacto ambiental, que, como todas as formas de degradação, se subsumem na definição legal, que se acha inscrita no art. 1º da Resolução 01/1986 - CONAMA, assim expressa: *considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota (flora e fauna); as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente, e a qualidade dos recursos ambientais.*”

No definir de Silvia Capelli¹⁰: “Impacto Ambiental é o conjunto de conseqüências da criação ou presença de um empreendimento sobre o ambiente ou o conjunto das repercussões e das conseqüências que uma nova atividade ou nova obra, quer pública ou privada, possa ocasionar ao meio ambiente físico com todos os seus componentes (segurança do território) e às condições de vida da população interessada (qualidade de vida).”

Edis Milaré¹¹ traz a seguinte conceituação: “na terminologia do direito ambiental a palavra aparece também com o sentido de “choque “ou “colisão” de substâncias (sólidas, líquidas ou gasosas) , de radiações ou de formas diversas de energia, decorrentes da realização de obras ou atividades com danosa alteração do ambiente natural, artificial, cultural ou social.

Qualificar e, quanto possível, quantificar antecipadamente o impacto ambiental é o papel reservado ao EIA como suporte para um adequado planejamento de obras ou atividades relacionadas com o ambiente. É certo que muitas vezes a previsão dos efeitos nefastos de um projeto pode ser muito delicada, pois algumas modificações do equilíbrio ecológico só aparecem muito tarde. Daí a correta consideração do EIA como *procedimento administrativo de prevenção e de monitoramento dos danos ambientais*.

O EIA, em síntese, nada mais é que um estudo das prováveis modificações nas diversas características sócio-econômicas e biofísicas do meio ambiente que podem resultar de um projeto proposto.”

Complementando, vale lembrar o que pontua Helita Barreira Custódio¹² ao aduzir que: “Como definição técnica, sem entrar nas particularidades doutrinárias a respeito, considera-se impacto ambiental o conjunto das repercussões e das conseqüências que uma nova atividade ou uma nova obra, quer pública ou privada, possa ocasionar ao meio ambiente físico com todos os seus componentes (segurança do território) e às condições de vida da população interessada (qualidade de vida).

Como definição legal, merece destaque a prevista no art. 29 da Lei Regional

¹⁰ Silvia Capelli. O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira. p. 156

¹¹ Edis Milaré. Estudo prévio de impacto ambiental no Brasil, p.54

¹² Ob. cit. p. 73.

Italiana de Veneto, n. 33, de 16.4.85, segundo a qual o impacto ambiental constitui cada alteração, qualitativa ou quantitativa (de forma alternada ou simultânea), do meio ambiente, compreendido como sistema de relações entre os fatores humanos, físicos, químicos, naturalísticos, climáticos e econômicos, em consequência da realização de projetos relativos a obras particulares ou intervenções públicas.

Como se verifica, o impacto ambiental, caracterizado pela idéia de atrito ou de colisão, indica a diversidade de interesses econômico e público sobre o meio ambiente, em seu todo ou em um ou mais elementos que o compõem (ar, águas, solo, espécies vegetais e animais, silêncio, paisagem), resultado em alteração ou modificação da qualidade do meio natural, cultural ou social e afetando particularmente a saúde pública.¹³

Destarte, na jurisprudência encontra-se inúmeros julgados referentes a obrigatoriedade do EIA/RIMA para a concessão do licenciamento ambiental, bem como, a sua não apresentação tem gerado a cassação do licenciamento irregularmente concedido.¹⁴

¹³ Neste sentido, segundo Bolea a avaliação de impacto ambiental pode ser definida como "estudos realizados para identificar, prever, interpretar e prevenir os efeitos ambientais que determinadas ações, planos, programas ou projetos podem causar à saúde, ao bem-estar humano e ao ambiente, incluindo alternativas ao projeto ou ação, e pressupondo a participação do público."

¹⁴ Cada vez mais o tribunais vêm decidindo sobre a obrigatoriedade do EIA/RIMA, aqui traz-se à colação alguns julgados: 1) JTJ - Volume 137 - Página 199 :JAZIDA - Areia - Licença para exploração do solo - Renovação - Indeferimento - Falta do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), de responsabilidade do órgão estadual - Segurança denegada. Apelação Cível n. 151.597-1 - Jacaré - Apelantes: Mineração Areia Branca Ltda. e outra - Apelado: Prefeito Municipal; 2) JTJ - Volume 128 - Página 391 : MANDADO DE SEGURANÇA - Ato judicial - Decisão que comporta recurso específico previsto na lei - Segurança denegada.

JAZIDA - Areia - Extração - Poluição - Fiscalização do meio ambiente - Competência do Município - Segurança denegada. JAZIDA - Areia - Licença para exploração do solo - Necessidade - Irrelevância de anterior obtenção da licença, se sua renovação é negada pela Administração - Direito adquirido não configurado - Segurança denegada. Mandado de Segurança n. 130.916-1 - São Paulo - Impetrante: V. G. S. Indústria e Comércio de Extração de Minerais Ltda. - Impetrado: Juiz de Direito da Terceira Vara Cível da comarca de Jacaré. "Outrossim, não se vislumbra na outorga da liminar abuso de poder ou manifesta ilegalidade que propicie a concessão da ordem. É que a decisão do Magistrado encontra-se amparada nos documentos apresentados pela Prefeitura, segundo os quais não possui a impetrante inscrição municipal, nem licença atualizada para funcionar na atividade de extração de areia em cava no município, nem ainda o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) exigido pela CETESB (fls. 25/31 e 137/141); 3) JTJ - Volume 189 - Página 122: MEIO AMBIENTE - Restauração - Matas - Plantio de espécie não nativa e endêmica da região - Inadmissibilidade - Influência negativa no equilíbrio da vegetação local - Determinação para que se tomem as medidas técnicas necessárias - Ação civil pública procedente - Recurso não provido. Apelação Cível n. 271.535-1 - Tatuí - Apelante: Rio das Pedras Virgo Indústria de Resíduos Têxteis Ltda. - Apelado: Ministério Público. "Resulta pois um prejuízo ao meio ambiente, que deve ser indenizado. Não se quer aqui afirmar que as matas são absolutamente intocáveis, mas sim que em boa hora, a legislação atinente à espécie cuidou de preservar o meio ambiente que restou, cuidando, ainda, de exigir estudos prévios que visem diminuir o impacto ambiental de qualquer obra. Daí a exigência legal de se obter licença prévia para a consecução de obras, licença que deverá estabelecer os modos e meios de restauração do meio ambiente, para mantê-lo íntegro, retirando-se o proveito econômico que a natureza pode proporcionar ao homem. Por outro lado, há evidente equívoco em se considerar que o plantio de outra espécie de plantas, que não as nativas, implicam em sanção de eventual dano causado ao meio ambiente. No mais das vezes este replantio gera um maior dano ao meio ambiente já lesado pela obra, pois a introdução de espécies não nativas dá causa a desequilíbrio ecológico, de forma que no final poderá prevalecer a espécie transplantada em detrimento da vegetação nativa, fato aliás, apontado pelo Perito em seu laudo. Em suma: não é possível aceitar-se que a derrubada de árvores nativas possa ser compensada pelo plantio de eucaliptos, espécie de planta que pode prevalecer sobre aquelas existentes, destruindo-as. E não basta a substituição de uma espécie vegetal por outra para que se considere que o meio ambiente não foi afetado.

3- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O estudo prévio de impacto ambiental (EPIA ou EIA), até a promulgação da atual Constituição Federal, era conhecido por Avaliação de Impacto Ambiental (AIA). Vale ressaltar que tal instrumento de prevenção ambiental é muito recente, teve sua origem nos Estados Unidos da América; sua primeira aplicação foi através do NEPA (National Environmental Policy Act) que foi o primeiro diploma legal a tratar amplamente do EIA.

No ano de 1969, o Congresso Americano votou o NEPA e decretou o EIA (Environmental Impact Assessment). Pouco tempo depois, foi fundado o EPA (Environmental Protection Agency). Entretanto, só em 01/10/70, na seção 102 do NEPA é que foi regulamentado o EIA. A partir daí, o ordenamento jurídico americano passou a exportar¹⁵ para todo o mundo o respectivo procedimento garantidor de uma proteção do meio ambiente sob o prisma da efetividade e, muito mais, com a participação da sociedade nas decisões sobre a implantação de atividades potencialmente causadoras de danos ao meio ambiente.¹⁶

Em 1972, na época da Conferência de Estocolmo, existiam apenas onze órgãos ambientais nacionais, a maioria em países industrializados.¹⁷

Na Europa, o EIA foi introduzido pela Diretiva 85/337/CEE, de 27 de junho 1.985¹⁸, nos mesmos moldes do EIA criado nos Estados Unidos.

No Brasil, o EIA surge timidamente com a Lei de Zoneamento Industrial - Lei n.º 6803/80¹⁹, que dispõe sobre as diretrizes básicas para zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição - uso estritamente industrial - restringia-se à exigência para instalação de pólos petroquímicos, cloroquímicos e carboquímicos e instalações nucleares. Seu artigo 10, § 3.º, dizia: "Além dos estudos normalmente exigíveis para o estabelecimento de zoneamento urbano, a aprovação das zonas a que se refere o parágrafo anterior será precedida de estudos especiais de alternativas e de avaliações de impacto que permitam estabelecer a confiabilidade da solução a ser adotada."

Posteriormente, a Lei n.º 6938/81²⁰ introduziu o EIA como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, no seu artigo 9.º, III. Entretanto, apresentava alguns problemas, já que não havia previsão do conteúdo mínimo do EIA, e ainda não havia uma disposição expressa determinando que o referido estudo fosse prévio à introdução da atividade potencialmente impactante do meio ambiente.

¹⁵ Hoje o EIA integra o ordenamento ambiental de muitos países, com sistemas e ideologias diferentes. Segundo observação de Elizabeth Monosowski, - Avaliação de impacto ambiental na perspectiva do desenvolvimento sustentável. In: *Avaliação de Impacto Ambiental. Situação atual e Perspectivas*. p. 3: "Desde 1969 o EIA vem sendo adotado por um grande número de países e é muito curioso notar que a avaliação de impacto ambiental de certa forma vai sendo adotada também na mesma medida em que são criados os órgãos ambientais de vários países. Em escala planetária, pode-se dizer."

¹⁶ Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues. *Manual de Direito ambiental e Legislação Aplicável*. p. 218.

¹⁷ Cristina Monosowski. op. cit. mesma página.

¹⁸ Norma modificada pela Diretiva 96/61/CE, de 24 de setembro, e a 1997/11/CE, de 03 de março.

¹⁹ Merecem destaque algumas observações: 1) a elaboração do EIA à época desta lei estava dissociado do procedimento de licença; 2) não havia a previsão da participação pública; e, 3) era um estudo restrito apenas ao zoneamento industrial.

²⁰ Este lei embora apresentasse alguns problemas, avançou ao incluir as ações degradadoras produzidas também pelas pessoas jurídicas de direito público..

O decreto regulamentador dessa Lei, de n.º 88351/83, expressamente revogado pelo Decreto n.º 99274/90, foi quem trouxe a vinculação da Avaliação de Impacto ambiental ao sistemas de licenciamento, outorgando ao CONAMA a competência para fixar os critérios basilares para a exigência do EIA com fins de licenciamento.

Foi a Resolução CONAMA 001/86 que, ao estabelecer normas e critérios para o licenciamento ambiental disciplinou o EIA, dando o seu contorno quanto às atividades que o ensejam, seu conteúdo e procedimento.

4- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

4.1- CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

O estudo prévio de impacto ambiental é pela primeira vez contemplado na Carta Magna; ressalta-se que a Constituição brasileira é a primeira a incluir, e assim, consagrar num texto constitucional a importância e a obrigatoriedade da realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

O seu art. 225 preceitua, *in verbis*:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, (...)”

Parágrafo 1.º “Para assegurar a efetividade desse direito²¹ incumbe ao Poder Público:

IV - “ **exigir**, na forma da lei, para **instalação da obra ou atividade** potencialmente causadora de **significativa** degradação do meio ambiente, estudo **prévio** de impacto ambiental, a que se dará **publicidade**.

4.2- CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS:

As constituições dos estados membros da Federação, trazem em seu bojo explicitamente a obrigatoriedade do EIA/RIMA, a saber: ALAGOAS : art. 217, IV; AMAZONAS: art. 230, VI; BAHIA: art. 214, IV; CEARÁ: art. 264; ESPÍRITO SANTO: art. 187; GOIÁS : art. 132, § 3.º; MARANHÃO: art. 242, § 1.º; MATO GROSSO: art. 263, IV; MATO GROSSO DO SUL: art. 222, § 2.º, VI; MINAS GERAIS: art. 214, § 2.º; PARÁ: art. 255, § 1.º; PARAÍBA: art. 228, § 2.º; PARANÁ: art. 207, § 1.º, V; PERNAMBUCO: art. 215; PIAUÍ: art. 237, § 1.º, IV; RIO DE JANEIRO: art. 258, § 1.º, X; RIO GRANDE DO NORTE: art. 150, § 1.º, IV; RIO GRANDE DO SUL: art. 251, § 1.º, V; RONDÔNIA: art. 219, VI; SANTA CATARINA: art. 182, V; SÃO PAULO²²: art. 91, § 2.º; SERGIPE: art. 232, § 1.º, IV.

5- ATIVIDADES E OBRAS SUJEITAS AO EIA

²¹ Neste ponto questiona-se: Que direito? Ora, a resposta é simples e clara, o direito inequívoco de viver em um meio ambiente sadio e equilibrado. Esclarecendo: sadio se refere a saudável, com saúde; benéfico; enquanto que equilibrado se traduz num meio ambiente como um todo (meio ambiente natural, cultural, etc.) que deve estar em perfeito domínio de si mesmo, contrabalancado, sustentado, em condições de existência. Há de se conjugar estes dois vocábulos para que se garanta a qualidade de vida do homem sobre o planeta Terra, o que a atual Constituição da República pretende assegurar.

²² No estado de São Paulo há a Resolução SMA/SP n.º 42, de 29 de dezembro de 1994 - Uma resolução que eiva de inconstitucionalidade porque restringe às hipóteses do art. 2.º da Resolução CONAMA 001/86 a possibilidade

Inicialmente, convém distinguir obra de atividade: na obra prepondera o material sobre o serviço e na atividade prepondera o serviço sobre o material. Exemplificando, a construção de estradas é uma obra; enquanto que a exploração de minérios é uma atividade.

Cabe também ressaltar que o próprio texto legal diz: instalação, portanto, não se refere ao funcionamento, e a seguir reforça a idéia, quando fala em estudo **prévio**, ou seja, anterior; daí poder concluir que o caráter deste estudo, desta análise será de ordem preventiva, como deve ser a norma legal de caráter ambiental, já que o dano poderá ser, na maioria dos casos, irreparável. Repita-se, em matéria ambiental não haveria razão para uma lei de natureza meramente punitiva.

Como salienta Herman Benjamim²³, “nenhum outro instituto de direito ambiental melhor exemplifica este direcionamento preventivo do que o EIA. Daí surge a necessidade que o EIA seja elaborado no momento certo: antes do início da execução, ou mesmo de atos preparatórios do projeto.” E, ainda aduz que não foi à toa que a CF/88 rebatizou o instituto, passando de Avaliação Ambiental - Lei n.º 6.938/81 - para “Estudo Prévio de Impacto Ambiental”.

Continua asseverando que “o EIA só se justifica quando preliminar ao ato de licenciamento. Do contrário, não se cumpre o princípio da prevenção. A única exceção se dá quando o CONAMA, de maneira fundamentada, mesmo após o licenciamento, exige o EIA (Decreto n.º 88.351/83, art. 7.º, IV), trata-se de EIA suplementar.”

Portanto, feita estas considerações iniciais, cabe saber quais obras e/ou atividades requerem o estudo prévio do impacto ambiental.

A Resolução CONAMA 001/86 traz elencada em seu artigo 2.º e respectivos incisos, a lista destas obras/atividades que para seu licenciamento necessitam do EPIA (EIA), na verdade, trata-se de uma relação exemplificativa, tanto que na parte final do caput do referido artigo encontra-se a expressão “tais como”, daí concluir que esta relação não abrange todas as situações e tipos de empreendimentos em que se pode ser exigido o EIA, desde que estas obras/atividades sejam suscetíveis de provocar impactos significativos no meio ambiente.

Como pontua o Prof. Paulo Affonso Leme Machado²⁴, significativo quer dizer o que não seja insignificante, que realmente se possa perceber que poderá efetivamente causar dano.

Segue-se relação do artigo 2.º da resolução CONAMA 001/86, com as alte-

de obtenção de RAP, podendo desta forma dispensar o EIA nestes casos de significativo impacto ambiental. Convém explicitar, que emitindo a licença através do RAP, ou seja, dispensando-se o EIA, poderia ser a Administração Pública responsabilizada por ato de improbidade administrativa (Lei Federal n.º 8.249, de 02 de junho de 1.992), já que no campo do direito ambiental não há de se falar em discricionariedade da administração, pois sempre se dará ato vinculado da administração.

²³ Antonio Herman V. Benjamim. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. p. 30.

²⁴ Paulo Affonso Leme Machado. In *Avaliação de Impacto Ambiental: Situação atual e perspectivas*. p.51.

rações introduzidas pelas Resoluções CONAMA 011/86 e 005/87 :

- I- estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento;
- II- ferrovias;
- III- portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos;
- IV- aeroportos, conforme definidos pelo inciso I do art. 48 do Código do ar (Decreto-Lei 32/66);
- V- oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários;
- VI- linhas de transmissão de energia elétrica acima de 230 KW;
- VII- obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragens para fins hidrelétricos, acima de 10 MW, de saneamento ou de irrigação, retificação de curso d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques;
- VIII- extração de combustíveis fósseis (petróleo, xisto, carvão);
- IX- extração de minério, inclusive os da classe II, definidos pelo Código de Mineração;
- X- aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos;
- XI- usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária acima de 10 MW;
- XII- complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos);
- XIII- distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI;
- XIV- exploração econômica de madeira ou lenha, em áreas acima de 100 há ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental;
- XV- projetos urbanísticos, acima de 100 há ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério do IBAMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes;
- XVI- qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a 10 toneladas por dia;
- XVII- projetos agropecuários que contemplem áreas acima e 1000 há ou menores, neste caso, quando se tratar de áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental, inclusive nas áreas de proteção ambiental;
- XVIII- nos casos de empreendimentos potencialmente lesivos ao Patrimônio Espeleológico Nacional.

6- OBJETIVOS, CONTEÚDO E ELABORAÇÃO DO EIA/RIMA

6.1- OBJETIVOS:

O EIA tem por objeto avaliar as proporções das possíveis alterações que um empreendimento, público ou privado, pode ocasionar ao meio ambiente,²⁵ para desta forma, assegurar efetivamente o direito consagrado no art. 225 da CF, “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”

Conforme ensinamento do ilustre promotor Herman Benjamin²⁶: “No EIA diversos são seus objetivos. É de simples percepção o objetivo final do EIA: evitar que um projeto (construção ou atividade), justificável no plano econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, venha, posteriormente, a se revelar nefasto ou catastrófico para o meio ambiente. Trata-se, em síntese, de adaptação de um velho ditado popular: é melhor prevenir que remediar os danos ambientais.”

Segundo Estanislao Arana García ²⁷: “como es sobradamente conocido, la finalidad de las EIA es la de introducir la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente, dando la posibilidad al Poder Público de optar por las soluciones menos agresivas y, por tanto, más respetuosas con el ambiente; logicamente, esta intervención tendrá lugar en los supuestos en que aquél, en virtud de su poder de policía, tiene que autorizar determinadas actividades potencialmente dañinas con el entorno.

Muy resumidamente, los dos pilares fundamentales sobre los que se sostiene esta institución son:

a) que se trate de obras o actividades, tanto públicas como privada, comprendidas en los que se contienen las actividades potencialmente más dañinas con el ambiente;

b) que la ejecución de la obra, instalación o actividad catalogada requiera la intervención administrativa previa, mediante autorización o aprobación del correspondiente, a tenor de la legislación sectorial aplicable;”

Neste sentido, José Jordano Fraga²⁸ esclarece e complementa que: “La evaluación de impacto ambiental es un acto administrativo de juicio de carácter complejo que tiene por objeto determinar mediante un procedimiento específico la viabilidad ambiental de un proyecto público o privado. El estudio de impacto ambiental es un informe que há de realizar la entidad pública o privada que pretende ejecutar un proyecto sometido al régimen de evaluación. El contenido del estudio persigue recabar toda la información necesaria a efectos de toma de la ulterior decisión. Por esta razón, el estudio de impacto ambiental comprende todos aquellos elementos necesarios para conocer el próprio proyecto, su posible incidencia sobre el ambiente, las medidas previstas para eliminarla y las posibles alternativas al mismo.”

²⁵ José Afonso da Silva, op. cit. , p.196-7.

²⁶ Antonio Herman V. Benjamim. op. cit., p. 30-2.

²⁷ Estanislao Arana García. Aspectos competenciales de la evaluación de impacto ambiental: comentario a la STC 13/1998, de 22 de enero de 1998. p.792-4.

²⁸ José Jordano Fraga. La Evaluación de Impacto Ambiental: Naturaleza, Impugnabilidad Y Perspectivas p.130-4

Destarte, vale explicitar os principais objetivos²⁹ do EIA, elencados por Herman Benjamin³⁰:

a) a prevenção do dano ambiental: o direito ambiental é - ou deve ser - antes de mais nada, um conjunto de normas de caráter preventivo, sua tutela, através da longa evolução, ultrapassou a fase repressiva - reparatória, baseada fundamentalmente em normas de responsabilidade penal e civil até atingir o estágio atual em que a preocupação maior é com o *evitar* e não com o *reparar* ou *reprimir*. Desta forma enfatiza-se a necessidade do estudo ser realizado previamente, ou seja, antes do início da obra/atividade;³¹

b) transparência administrativa quanto aos efeitos ambientais de um determinado projeto, alcançada no momento em que o órgão público e o proponente liberam todas as informações de que dispõem, respeitando-se, em todo o caso, os segredos industriais;³²

c) consulta aos interessados: não basta que o procedimento do EIA seja transparente. Há que ser, igualmente participativa. De fato, uma decisão ambiental arbitrária, mesmo que absolutamente transparente não atende ao interesse público. Na elaboração do EIA, o objetivo da consulta aos interessados liga-se ao princípio da participação pública;

d) decisões administrativas informadas e motivadas: o EIA nasce, cresce e matura para a emanção de um ato administrativo: a licença ambiental. A motivação das decisões com impactos ambientais significativos é basilar no procedimento do EIA. Seria mesmo seu corolário e, quem sabe, seu último objetivo”

E conclui afirmando que, se qualquer desses objetivos ficar sem atendimento, o EIA está maculado e se descaracteriza.

Na referida Resolução do CONAMA 001/86, encontra-se além da lista exemplificativa das atividades/obras que necessitam do EIA, o roteiro básico para elaboração do EIA. Os artigos 5.º e 6.º fixam as diretrizes gerais para a sua elaboração, devendo para tanto ser realizado uma série de análises e avaliações :

²⁹ Luiz Roberto Tommasi em sua obra *Estudo de Impacto Ambiental*, p. 4-5, enumera os objetivos do EIA de uma forma menos técnica jurídica, mas com uma visão prática em termos de finalidade, que a seguir se reproduz: "1- proteger o ambiente para as futuras gerações; 2- garantir a segurança, saúde e a produtividade do meio ambiente, assim como seus aspectos estéticos e culturais; 3- garantir a maior amplitude possível de usos, benefícios dos ambientes não degradados, sem riscos ou outras consequências indesejáveis; 4- preservar importantes aspectos históricos, culturais e naturais de nossa herança nacional; manter a diversidade ambiental; 5- garantir a qualidade dos recursos renováveis; induzir a reciclagem dos recursos não renováveis; 6- permitir uma ponderação entre os benefícios de um projeto e os custos ambientais do mesmo, normalmente não computado nos seus custos econômicos."

³⁰ Antonio Herman V. Benjamin. op. cit., p.29-32

³¹ Neste sentido, José Allende, é enfático em seu artigo "Calidad del suelo y planificación territorial en el marco de la evaluación de impacto ambiental", publicado na *Revista de Derecho Urbanístico*, p.103-4: "Parece claro que el proceso EIA en cuanto que instrumento fundamentado en la política ambiental preventiva debería incorporarse en procesos de decisión anteriores a los proyectos, es decir, alcanzar a las categorías de planes, programas y políticas, como está ocurriendo en muchos países de dentro y fuera de la CEE. Tanto Estados Unidos como Canadá, Holanda, Alemanha, aparecen en la vanguardia de esta ampliación que resulta absolutamente razonable y lógica."

³² Decreto nº 88.351/83, art. 18, § 3º; e Resolução CONAMA nº 001/86, art. 11, caput.

6.2- CONTEÚDO: O CONTEÚDO PODE-SE DIVIDIR EM DIAGNÓSTICO E ANÁLISE.

6.2.1- DIAGNÓSTICO

O diagnóstico ambiental da área de influência do projeto (é aquela que será afetada pelos impactos, podendo transcender ao espaço territorial do município sede do empreendimento), que tem como objetivo descrever a situação ambiental da área atingida antes da implantação do empreendimento, devendo levar em consideração:

- a) Aspectos ecológicos:
 - Meio Físico: clima e condições meteorológicas; qualidade do ar; ruído; geologia; geomorfologia; solos;
 - Recursos Hídricos: hidrologia superficial; hidrogeologia; oceanografia física; qualidade das águas; usos da água;
 - Meio Biológico: ecossistemas terrestres; ecossistemas aquáticos; ecossistemas de transição;
- b) Aspectos sócio-econômicos:
 - Meio Antrópico (meio urbano): dinâmica populacional; uso e ocupação do solo; nível de vida (compreende: estrutura ocupacional; educação; saúde; alimentação; lazer, turismo e culturais; segurança social e assentamento humano); estrutura produtiva e dos serviços; organização social.

6.2.2- ANÁLISE

A análise dos impactos ambientais do projeto e de eventuais alternativas para o empreendimento - inclusive a alternativa de não execução do projeto (a denominada "alternativa zero"), sempre obrigatória³³:

- a) a magnitude dos impactos;
- b) os impactos positivos (benéficos) e negativos (adversos) do empreendimento, sempre sob a ótica ecológica e sócio econômica;
- c) os impactos diretos e indiretos;
- d) os impactos imediatos e a médio e longo prazos;
- e) os impactos temporários e permanentes;
- f) o grau de reversibilidade dos impactos.

Na constatação de impactos ambientais negativos (adversos), a definição de medidas mitigadoras, que são aquelas destinadas a impedir, suprimir ou diminuir as conseqüências desfavoráveis da atividade, com avaliação, ainda, da eficiência dessas medidas. Tais como, implementação de equipamentos antipoluentes. Entre estas medidas, embora não expressamente prevista pela Resolução CONAMA,

³³ É importante comentar que, absurdamente, na prática, em geral não há tempo para a realização de pesquisas de campo a fim de se obter dados perfeitamente confiáveis a respeito da flora, fauna, geologia, ou para avaliação da estrutura social econômica; mas, excepcionalmente nas grandes obras públicas que são projetadas em função de um longo planejamento é possível a realização de detalhes de levantamento de campo, mas para os pequenos empreendimentos o tempo é escasso e o estudo tem que ser realizado principalmente a partir de dados secundários, colhidos em bibliografia especializada, relatórios anteriores, os quais serão, quando muito, verificados e confirmados através de curtas visitas ao campo.

poderá estar as compensatórias, em caso de impacto irreversível (art. 1.º da res. 10 de 3.12.87, publicada DOU de 18.03.88)

A elaboração de programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, deve ser efetivado depois da implantação do empreendimento.

Ressalte-se que o monitoramento da atividade licenciada após o EIA é de exigência fundamental em razão do licenciamento poder ser modificado e até revogado a qualquer tempo.³⁴

A Lei n.º 6938/81 em seu art. 9.º, IV, prevê expressamente a possibilidade de **revisão** do licenciamento, quando uma atividade regularmente licenciada tiver se revelado, na prática, danosa ao meio ambiente.

O grau de detalhamento desses itens dependerá da natureza do empreendimento, da relevância dos fatores face à sua localização e dos critérios adotados pela equipe responsável pela elaboração do estudo.

No ambiente urbano, não há um ecossistema, mas um sistema sócio econômico tirando partido de alguns elementos naturais preexistentes, mas com supressão de outros e segundo uma ordenação completamente diferente, dirigida para um resultado econômico e social. A existência ou não de um equilíbrio depende, neste caso, da existência e do sucesso de um planejamento adequado. A não consideração dessa diferença fundamental pode levar a erros muito graves na elaboração de estudos de impactos ambientais.

Esses requisitos mínimos, sendo garantias da sociedade, vinculam o licenciamento. A dispensa pelo órgão licenciador, de qualquer deles, invalida o procedimento.

A obrigação de elaboração do EIA é do empreendedor ou proponente do projeto, que contratará uma equipe técnica multidisciplinar para a realização do estudo.

7- EQUIPE TÉCNICA, COMPETÊNCIA E RESPONSABILIDADE

O EIA/RIMA deve ser elaborado por uma equipe técnica multidisciplinar, pois para sua elaboração faz-se necessário profissionais das mais diferentes áreas, como por exemplo geólogos, físicos, biólogos, psicólogos, sociólogos etc., todos eles, avaliando, sob a ótica de seus conhecimentos específicos, os impactos ambientais positivos e negativos do empreendimento pretendido.³⁵

O art. 7.º da Resolução CONAMA 001/86 previa que: "O Estudo de Impacto Ambiental será realizado por equipe técnica multidisciplinar habilitada, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto e que será responsável tecnicamente pelo resultados apresentados."³⁶

³⁴ Ver art. 18 e 19 da CONAMA 237/97 - inexistente direito adquirido para o empreendedor.

³⁵ Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues. op. cit., p. 223.

³⁶ Nesse aspecto o Brasil já apresentava inovação: nos Estados Unidos, o estudo é realizado pelos técnicos da agência federal ou estadual competente; nos países europeus, o proponente do projeto é o responsável pelo estudo.

A Resolução n.º 237/97 do CONAMA revogou expressamente o art. 7.º da CONAMA 001/86, e passou a reger a equipe multidisciplinar pelo art. 11, que dispõe: “os estudos necessários ao processo de licenciamento deverão ser realizados por profissionais legalmente habilitados, às expensas do empreendedor”, sendo que “o empreendedor e os profissionais que subscrevem os estudos serão responsáveis pelas informações apresentadas, sujeitando-se às sanções administrativas, civis e penais” (parágrafo único).

Desta forma conclui-se que a expressão multidisciplinar foi suprimida, mas nada obsta seu entendimento já que há necessidade de profissionais de diversas áreas. Outro ponto se refere à independência desta equipe, pois a Resolução de n.º 237/97 não impõe que a equipe técnica seja independente do proponente, podendo, inclusive, ser feita por seus subordinados. Vale lembrar que a equipe sempre foi remunerada pelo proponente, e antes também se falava sobre esta “independência”.

Quanto à responsabilidade civil da equipe pelos resultados técnicos, há controvérsias doutrinárias a este respeito, há juristas que acreditam que esta equipe tem responsabilidade objetiva, o que “acabará forçando um trabalho realmente imparcial e verdadeiro, pois, se assim for, isto é, se os resultados apresentados não corresponderem à realidade, a equipe responderá objetivamente pelos impactos ambientais não previstos (previsíveis, porém) mas ocorridos.”³⁷

O ilustre juiz Álvaro Luiz Valery Mirra³⁸ assevera que “apesar da revogação do art. 7.º da Resolução n.º 001/86, manteve-se no sistema brasileiro a necessidade de habilitação legal dos profissionais encarregados do EIA e a responsabilidade destes, em conjunto com o empreendedor, pelas informações técnicas apresentadas, sujeitando-se, eventualmente, a sanções administrativas, civis e penais.”

E, conclui afirmando que “tais profissionais, ainda que vinculados ou dependentes do empreendedor e com seu trabalho pago por este, pela influência que exercem sobre a seriedade e a moralidade do EIA e do processo de licenciamento a ele atrelado, são responsáveis, agora mais do que sempre, pelas informações e conclusões apresentadas, inclusive sob o prisma jurídico, nas esferas civil, penal e administrativa.”

O professor Paulo Affonso³⁹ assevera que com a revogação do referido artigo 7.º, ocorreu um grave retrocesso na legislação ambiental brasileira. Segundo ele, de acordo com a Resolução 237/97, quem tem responsabilidade pela elaboração do EPIA é o empreendedor, no regime de responsabilidade civil objetiva ou sem culpa da Lei n.º 6.938/81 (art. 14, § 1.º), não interessa apurar se os técnicos agiram com dolo ou com negligência, imperícia ou imprudência na elaboração do EIA. Pelas omissões e erros do estudo de Impacto e de seu Relatório responde civilmente, de forma direta, o empreendedor ou proponente do projeto, através do

³⁷ Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues. op. cit., p. 224.

³⁸ Álvaro Luiz Valery Mirra. *Impacto Ambiental*, p. 50-1.

³⁹ Paulo Affonso Leme Machado. op. cit., p. 178.

seu patrimônio.

E, acrescenta: o empreendedor também responderá criminalmente pela inidoneidade na elaboração do estudo Prévio de Impacto Ambiental. aplicável assim, a Lei n.º 9605/98, em seu art. 68: “Deixar, aquele que tiver dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental : Pena - detenção de um a três anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.”

Neste sentido, Edis Milaré acrescenta que “nos casos de dano ao meio ambiente a responsabilidade do empreendedor ou proponente do projeto (art. 14, § 1.º da Lei n.º 6.938/81) é objetiva, informada pela teoria do risco, sendo suficiente que o prejuízo tenha resultado do exercício de determinada atividade e não do comportamento do agente. O empreendedor é quem recolhe os benefícios de sua atividade. Logo, há de ser ele o indicado a suportar os riscos iminentes a referida atividade, cabendo-lhe de consequência, o dever ressarcitório, pela simples verificação do nexo causal. Não há de se cogitar de responsabilidade da empresa de consultoria ou do profissional que, por falha humana o técnica, tenha colaborado no desencadeamento do evento danoso, mesmo porque isso implicaria em investigação de conduta culposa, circunstância que não se afeiçoa com o fundamento da responsabilidade objetiva, que rege a matéria ambiental.”

Esclarece, ainda, “ Fica ressalvado ao empreendedor, é claro, voltar-se regressivamente contra o causador do dano, alcançando , inclusive, o profissional que eventualmente tenha se excedido no cumprimento da tarefa a ele cometida e o próprio estado, que, através de órgão seu, tenha aprovado o estudo de impacto ambiental.”⁴⁰

Importante concluir que findo o estudo efetuado pela equipe técnica, teoricamente, o EIA /RIMA pode ter três soluções:

1- pode ser que a equipe conclua que a obra ou atividade é viável nos termos propostos;

2- a obra ou atividade pode ser viável caso façam determinadas modificações ou se tomem algumas providências;

3- pode-se concluir ainda que a obra ou atividade é totalmente inviável.

Depois da conclusão do EIA/RIMA, feito pela equipe técnica que tem responsabilidade civil, penal e administrativa a ele, este será enviado a um órgão ambiental para que se examine e aprove-o ou não.

8 - O RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL - RIMA

O relatório de impacto ambiental - RIMA - está previsto no art. 9º da Resolução n.º 001/86 do CONAMA. Trata-se de um documento que integra o EIA e traduz

⁴⁰ Edis Milaré. op. cit., p. 27-8

a síntese deste, com as conclusões da equipe multidisciplinar. Sua elaboração se dá após a feitura do estudo de impacto. **Suas informações técnicas devem ser expressas em linguagem acessível ao público**, ilustradas por mapas com escalas adequadas, quadros, gráficos e outras técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender claramente as possíveis conseqüências ambientais e suas alternativas, comparando as vantagens e desvantagens de cada uma delas.

Em linhas gerais, ele deverá conter:

- objetivos e justificativas do projeto, sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais;
- descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, especificando, para cada uma delas, nas fases e construção de operação: área de influência, matérias-primas, mão-de-obra, fontes de energia, processos e técnicas operacionais, efluentes, emissões e resíduos, perdas de energia, empregos diretos e indiretos a serem gerados, relação custo/benefício dos ônus e benefícios sociais/ambientais;
- síntese do diagnóstico ambiental da área de influência do projeto;
- descrição dos impactos ambientais, considerando o projeto, as suas alternativas, os horizontes de tempo de incidência dos impactos e indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para sua identificação, quantificação e interpretação;
- caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações de adoção do projeto e de suas alternativas, bem como a hipótese de sua não realização;
- descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas e de relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderem ser evitados e o grau de alteração esperado;
- programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos;
- recomendação quanto à alternativa mais favorável (conclusões e comentários de ordem geral).

Do RIMA deverá constar o nome e o número do registro na entidade de classe competente de cada um dos profissionais integrantes da equipe técnica que o elaborar.

9- PUBLICIDADE E AUDIÊNCIA PÚBLICA

Hely Lopes conceitua o que seria esta Publicidade: “ é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos (...) a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade(...)”

O princípio da publicidade encontra triplo fundamento constitucional:

- o primeiro é específico. O art. 225, § 1º., IV, ao dar sede constitucional ao EPIA dispõe ao final: “a que se dará publicidade”;

-o segundo fundamento do princípio da publicidade está no art. 5º., LX, da CF, o qual dispõe: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem”. Trata-se de norma genérica, inserida entre os direitos individuais e coletivos, que disciplina todas as espécies de processo, inclusive aqueles que se desenvolvem perante a Administração Pública;

Para o professor Celso Ribeiro Bastos: “a publicidade dos atos processuais insere-se em um campo mais amplo da transparência da atuação dos poderes públicos em geral. É uma decorrência do princípio democrático. Este não pode conviver em regra com o sigilo, o segredo, o confinamento a quatro portas, a falta de divulgação, porque por este caminho, da sonegação dos dados à coletividade, impede-se o exercício importante de um direito do cidadão em Estado governando pelo povo, qual seja: o de controle”.

- o terceiro e último fundamento está no já referido art.37, caput, da Lei Fundamental, *in verbis*:

Art. 37 – *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).*

A publicidade de atos integrantes do estudo de impacto ambiental não teria sentido se não houvesse a possibilidade de contradita por parte dos representantes da sociedade civil. Seria uma publicidade inerte e inócua.

A Lei n.º 6938/81 no seu artigo 10, parágrafo 1.º, já previa a publicidade para os requerimentos de licenciamento ambiental, e suas licenças através de publicação no jornal oficial do Estado e em periódico local ou regional de grande circulação, resguardado, sempre, o sigilo industrial. Com CF/88 em seu artigo 225, parágrafo 1.º, IV, foi imposto que se dê publicidade ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental. e, a Resolução CONAMA 001/86, em seu art. 11, prevê seja o RIMA acessível ao público.

A participação do público é fundamental, e como nos lembra o Prof. Paulo Affonso: “Público é todo aquele que não é empreendedor e que não participou da equipe multidisciplinar. Portanto, poder-se-á ter os melhores especialistas dentre deste público.”⁴¹

A audiência pública⁴² é instrumento de informação e consulta da população a respeito de uma atividade sujeita ao estudo de impacto ambiental. Não se trata de

⁴¹ Paulo Affonso Leme Machado. In: *Avaliação de Impacto Ambiental: Situação e perspectivas*. p. 52.

⁴² Está-se vivendo um momento histórico da sociedade civil organizada na defesa do meio ambiente, exemplo disso é a obra do Rodoanel – trechos Norte, Sul e Leste - encontra-se em fase de audiências públicas, momento em que a coletividade é informada sobre o empreendimento e seus impactos por meio do EIA/RIMA, e manifesta-se a respeito do mesmo. Foram designadas e instaladas oito audiências públicas nos municípios que serão afetados pela obra, e a sociedade por ter sido preterida em todo esse processo, buscou o Judiciário e conseguiu que cinco delas fossem suspensas em razão da ausência de informação à população, bem como pelo fato do RIMA não conter linguagem acessível ao público conforme a lei determina. Esta é a demonstração da Participação da coletividade na gestão do bem ambiental - bem de uso comum do povo, consagrado pelo Texto Constitucional vigente.

mecanismo de convencimento da opinião pública.

Nessa linha preleciona o ilustre magistrado e doutrinador Alvaro Luiz Valery Mirra⁴³: “**Ressalta-se que a publicidade dos requerimentos e concessões de licenças ambientais e da realização de estudos de impacto ambiental é requisito indispensável para que o licenciamento ambiental possa produzir efeitos.** Inobservado esse requisito de ordem formal, todo o processo de licenciamento será tido por ineficaz. (...) A audiência pública é, como se percebe, instrumento de informação e consulta da população a respeito de uma atividade sujeita ao estudo de **impacto ambiental**. Não se trata de mecanismo de convencimento da opinião pública a respeito das vantagens de um projeto que se quer realizar, até porque nesse momento nem mesmo se sabe ao certo se o empreendimento será considerado viável e se será licenciado. Dessa forma, se a audiência pública for utilizada com o intuito de induzir a população a aceitar uma obra ou atividade, que antecipadamente – e, por isso, indevidamente - já se decidiu como de realização inafastável, haverá evidente desvio de finalidade, capaz de comprometer todo o processo de licenciamento, quanto à sua legalidade e moralidade. A audiência pública aparece, assim, como um dos principais instrumentos de participação popular na proteção do meio ambiente, garantida constitucionalmente por força das normas do art. 1.º, p.u., da CF, que estabeleceu no país o regime de democracia semidireta, e do art. 225, *caput*, da CF, que consagrou o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”

Ainda sobre a publicidade leciona o Prof. Paulo Affonso Leme Machado ressaltando que: “Poderá não atingir sua autêntica finalidade, uma audiência para a qual não se deu concreta oportunidade de se conhecer – na sua inteireza – o Estudo prévio de Impacto Ambiental. Assim, é preciso que se estabeleçam regras indicando quantos exemplares dos EPIAS – RIMAS ficarão disponíveis para consulta, a possibilidade dos exemplares serem ou não retirados para extração de cópia, o local ou locais e horários de consulta. A ausência desses pormenores pode conduzir ao fracasso da Audiência, que lamentavelmente, sempre será tentado pelos que – de modo franco ou sub-reptício – destróem ou querem destruir o meio ambiente. (...) Além disso, obrigatória é a publicação “em órgãos da imprensa local” (art. 2º, § 3º, da Resolução nº 09/87).”⁴⁴

Ressalta-se, ainda, que a simples publicação de que haverá uma audiência pública, sem se explicar a sua finalidade, sem o caráter de informar, torna tal publicação inócua.

A observância de tais princípios, notadamente, a satisfação das normas que garantem a ampla publicidade e participação da população são imprescindíveis fatores de prevenção ao dano ambiental, relevando outro princípio que é o **princípio da prevenção**, tão caro nos dias de hoje.

Mas é necessário afirmar que “não permite uma eficaz participação do públi-

⁴³ Op. Cit., p. 54/55.

⁴⁴ Op. Cit., p. 189.

co atingido no processo decisório do EIA/RIMA, isto porque ela é posterior à entrega do estudo e não vincula a decisão do órgão licenciador. Serve apenas de subsídio ao julgamento do EIA /RIMA e oportuniza a indagação do público à equipe multidisciplinar e ao próprio órgão licenciador ambiental acerca do conteúdo do estudo⁴⁵

A convocação de uma audiência pública para discussão do EIA/RIMA, de acordo com o art. 2.º, *caput*, da Resolução 009/87, faz-se quando:

- a) o órgão público ambiental “julgar necessário”;
- b) houver solicitação de entidade civil;
- c) houver solicitação do MP;
- d) houver solicitação por parte de 50 ou mais cidadãos.

Os aspectos procedimentais da audiência pública continuam a ser regidos pelos termos das Resoluções 001/86 e 009/87.

Se a iniciativa partir do órgão competente para a concessão da licença, esta dar-se-ia antes de iniciada a execução do EIA, ou, depois de recebido o RIMA, durante o prazo estabelecido pelo art. 10 da Resolução CONAMA n.º 001/86.

Para que seja de iniciativa dos outros legitimados, é necessário que a solicitação seja feita durante o prazo do artigo 2.º, § 1.º da Resolução CONAMA 009/87 estabelece que, recebido o relatório de impacto ambiental (RIMA), o órgão público ambiental publicará edital e anunciará pela imprensa local a abertura de prazo de 45 dias para a solicitação de audiência pública para a discussão do empreendimento.

Solicitada a audiência e não realizada pelo órgão público, a licença ambiental **eventualmente concedida será válida**. É o que prescreve expressamente a regra do § 2.º, do art. 2.º da Resolução 009/97.

Outro ponto importante a ser destacado, refere-se ao local onde se dará a audiência pública, que conforme regra contida no § 4.º, do art. 2.º da supra mencionada Resolução, deverá ser a audiência marcada em local de fácil acesso para que haja a efetiva participação popular. Ainda, de acordo com disposição do §5.º do art. 2.º, nada impede que seja feita mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto, quando a localização geográfica dos solicitantes ou a complexidade do tema envolvido assim o exigir.

10- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de concluir o presente trabalho, tendo em vista os ensinamentos do Prof. Celso Fiorillo e sua visão lúcida e contemporânea sobre o meio ambiente – da qual se compartilha - que vem demonstrar, com muita clareza, que “o meio ambiente possui um conceito multifacetário, onde seus tentáculos acabam por criar divisões não estanques (porque o meio ambiente é uno, já que se liga ao direito à vida), que denominamos de *tipos* ou aspectos do meio ambiente. São eles: o meio ambiente do trabalho, meio

⁴⁵ Sílvia Capelli. op. cit., p. 166.

⁴⁶ Op. cit., p. 231-2.

ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente natural.⁴⁶

Nesta linha de pensamento, o autor questiona o porque do EIA/RIMA só ser exigido em relação ao meio ambiente natural, como se somente os elementos encartáveis nesse tipo de meio ambiente é que pudessem ser vítimas de impactos ambientais significativos. Complementa seu raciocínio, indagando e exemplificando a necessidade de se fazer um EIA no meio ambiente do trabalho de uma empresa⁴⁷.

CONCLUSÕES

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado está contemplado no Texto Constitucional. Trata-se de um bem de interesse difuso.

Reafirma-se que sem mecanismos de controle e prevenção contra as ações degradadoras ao meio ambiente, a existência do homem neste planeta estará seriamente comprometida.

O estudo prévio de impacto ambiental é um instrumento de prevenção ambiental, devendo portanto, a sua exigência dar-se como um ato vinculado da Administração Pública, que faz parte do processo de licenciamento ambiental.

Cabe ao poder público, bem como à comunidade como um todo, agir em prol do meio ambiente, o EIA/RIMA é exigência administrativa, porém cabe à população, conforme previsão legal, acompanhar e se manifestar ao final do EIA, mediante um RIMA elaborado em linguagem acessível ao público.

Convém reforçar a idéia de que uma obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, não se traduz em simplesmente falar que se vai desmatar tal área, que os animais daquela área estão ameaçados de extinção, ou que se causará muita poluição. Na verdade deve-se abordar a questão na maior amplitude possível, ou seja, deve-se verificar através do estudo prévio de impacto ambiental quais as conseqüências danosas àquela área ou região onde se vai realizar a obra/atividade e em todo seu entorno. Desta forma, deve-se considerar os impactos sobre a natureza (meio ambiente físico e biológico); em relação a população local, quais as repercussões sociais, econômicas e culturais que eventualmente surgirão, se a região a ser atingida pelo projeto tem condições para suportá-las, e, assim, apontar medidas mitigadoras e um plano de monitoramento destas medidas.

O estudo prévio de impacto ambiental - EIA- apresenta-se de forma rigorosamente técnica, mas o relatório de impacto ambiental - RIMA- tem sua apresentação gráfica compreensível ao leigo, portanto, através dele o público terá acesso a

⁴⁷ Há na Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, jan./mar., 1994, p. 33-41, elucidativo artigo de Primo A Brandimiller, que aborda a questão do impacto ambiental no ambiente de trabalho dos bancos, em virtude das profundas e rápidas modificações decorrentes da progressiva informatização e paralelas modificações na organização do trabalho. Nota-se que as repercussões destas transformações nas condições de trabalho e na saúde dos empregados têm sido objeto de estudos e pesquisas. De posse destes dados, acredita-se que, tendo em vista a assustadora multiplicação de bancários acometidos por doença profissional, imperioso houvesse disposição legal para a exigência do EIA no ambiente de trabalho.

seu conteúdo e poderá manifestar -se no momento oportuno.

Assim como é exigido numa obra ou atividade, o EIA deve também ser exigido em situações outras que possam se apresentar como potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, exemplificando, reforça-se a idéia de um EIA no meio ambiente do trabalho.

Concluindo, convém citar a Ação Cautelar Inominada promovida pelo IDEC contra a União Federal e outro, no intuito de se obter liminar proibindo qualquer autorização para o plantio de sementes de soja transgênica no solo brasileiro, antes que se proceda à devida regulamentação da matéria e a prévio Estudo de Impacto Ambiental. A qual obteve a liminar requerida, e decisão final através da recente, brilhante, corajosa e sensata sentença proferida pelo Juiz Federal Antonio Souza Prudente, que acolheu os pedidos formulados, determinando, em caráter mandamental inibitório, entre outros requerimentos, primordialmente: "I - as empresas promovidas, Monsanto do Brasil Ltda. e Monsay Ltda. apresentem Estudo Prévio de Impacto Ambiental, como condição indispensável para o plantio, em escala comercial da soja *round up ready*;"⁴⁸

BIBLIOGRAFIA

ALLENDE, Jose. Calidad del suelo y planificacion territorial en el marco de la evaluacion de impacto ambiental. *Revista de Derecho Urbanistico*. Madrid. v. 25. p. 83-114. ene/feb. 1991.

ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação. In: *Estudo de impacto ambiental - EIA; Relatório de impacto ambiental - RIMA : Manual de orientação*. Secretaria de Meio Ambiente, Coordenadoria de Planejamento Ambiental. São Paulo: a Secretaria. 1992.

ARANA GARCIA, Estanilao. Aspectos competenciales de la evaluacion de impacto ambiental: comentario a la STC 13/1998, de 22 de enero de 1998. *Revista de Derecho Urbanistico y Medio Ambiente*. Madrid. v. 32. n. 162. p. 151-70. jun. 1998.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 88. n. 317. p. 25-45. jan./mar. 1992.

BOLEA, T. *Evaluacion del impacto ambiental*. Madrid: Mapfre. 1984.

⁴⁸ Ver: Ação Cautelar Inominada - Decisão n.º 260/99 - Processo n.º 1998.34.00.027681-8 - Classe 9200 - Revista Leis e Decisões Consulex . Ano II - v. II, n.º 33, p. 04-08; e Revista Jurídica Consulex. Ano III, v. I, n.º 34, p.16-23.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 29 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Lei da Política Nacional de Meio Ambiente - Lei Federal n.º 6938/91.

_____. Lei Federal n. 8249/92.

_____. Lei Federal n. 9605/98.

_____. Decreto n.º 88.351/83.

_____. Resolução CONAMA n. 01/86.

_____. Resolução CONAMA n. 05/87.

_____. Resolução CONAMA n. 09/97.

_____. Resolução CONAMA n. 237/97.

_____. Resolução Secretaria Meio Ambiente/SP n. 42/94.

CAPELLI, Sílvia. O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo. v. 27. n. 70. p. 49-64. mai./ago. 1994.

CUSTODIO, Helita Barreira. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo. v. 16, n. 60. p. 101-22. abr./jun. 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 1999.

FRAGA, Jose Jordano. La evaluacion de impacto ambiental: naturaleza, impugnabilidad y perspectivas. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Madrid. v. 29. n. 143. p. 127-45. mayo/jun. 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

- _____. Avaliação de impacto ambiental e direito ambiental no Brasil. In: L. E. Sánchez (org). *Avaliação de Impacto Ambiental: Situação atual e perspectivas*. São Paulo: Escola Politécnica USP. 1992. p. 49- 57.
- MATEO, Ramon Martin. *Derecho Ambiental*. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local. 1977.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros. 1995.
- MILARÉ, Edis. Estudo Prévio de Impacto Ambiental no Brasil. In *Previsão de Impactos*. p. 51-83. São Paulo : Edusp. 1994.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto Ambiental*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes. 1999.
- MONOSOWSKI, E. Avaliação de impacto ambiental na perspectiva do desenvolvimento sustentável. In: L. E. Sánchez (org). *Avaliação de Impacto Ambiental : Situação atual e perspectivas*. São Paulo: Escola Politécnica USP. 1992. p. 3-4.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros.1994.
- TOMMASI, Luiz Roberto. *Estudo de Impacto Ambiental*. 1^a. ed. São Paulo: CETESB. 1994.
- TOURINHO NETO, Fernando Costa. Dano Ambiental. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 2 , de 29/02/1997.

DIREITO DE EMPRESA E DIREITO DO TRABALHO

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira¹

1. INTRODUÇÃO.

O Código Civil de 2002 teve, como virtude, demonstrar grande preocupação com o aspecto da função social na interpretação das normas, inclusive naquelas relativas à empresa.

Exemplo disso, pode ser observado nos artigos 421 a 423, onde estão inseridos os princípios de liberdade para contratar, da probidade e da boa fé e ainda a exigência de havendo cláusulas ambíguas no contrato formulado, adotar-se a mais favorável ao aderente.

A verdade é que vários artigos do novo código podem, a uma pessoa desavisada, ser confundidos com normas trabalhistas, muitas derivadas da década de 60, no sentido de demonstrarem grande preocupação com o aspecto social e a desigualdade entre as partes contratantes, o que sempre foi objeto de crítica à CLT por parte de muitos civilistas.

A vigência do Código de 2002 produzirá, de forma inequívoca, muitas alterações em normas trabalhistas, dada sua amplitude. Tais alterações devem demonstrar, igualmente, preocupação com a função social da lei no sentido de propiciar efetivo auxílio àqueles que dela necessitam.

2 - O NOVO CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL.

O novo código civil traz nova roupagem a vários institutos de Direito Comercial, substituindo a noção de “ato de comércio” pela de “empresa” (art.966 do C.C.) e a de “fundo de comércio” pela de “estabelecimento” (art.1142 do C.C.).

O comerciante até então era conceituado como toda pessoa capaz que pratica, profissionalmente, atos de intermediação na troca, com intuito de lucro.

As condições indispensáveis eram: capacidade; intermediação; especulação ou intuito de lucro; profissionalidade e a atuação no próprio nome.

Assim dispõe o artigo 966 do Código Civil de 2002:

Art. 966 - Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹ Juiz do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP; Professor-Doutor do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá – SP.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Pela interpretação de tal artigo, tem-se que os titulares da empresa podem ser tanto a pessoa física (empresário) como a jurídica (sociedade empresária).

Fica superada a idéia de “sociedade civil para fins econômicos”, porquanto com a unificação do direito obrigacional, são civis tanto as associações quanto às sociedades, qualquer que seja a forma delas. Distingue-se apenas em sociedades simples ou empresárias.

As sociedades empresárias visam a lucro, mediante exercício de atividade mercantil, assumindo as formas de: sociedade em nome coletivo; sociedade em comandita simples; sociedade em comandita por ações; sociedade limitada; sociedade anônima ou por ações (C.C. artigos 1039 a 1092).

Para definir se a sociedade é simples ou empresária, basta considerar-se a natureza das operações habituais. Se estas tiverem por objeto o exercício de atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou de serviços, próprias de empresário sujeito a registro a cargo das Juntas Comerciais (artigos 982 e 967 do CC), a sociedade será empresária.

Será simples a que não exercer tais atividades, mesmo que adote quaisquer das formas empresariais, exceto se for anônima ou por ações, que, por força de lei, será sempre empresária. E o registro público é a cargo do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

2 - O DIREITO DO TRABALHO

2.1. CONCEITO DE EMPREGADOR.

Conforme preceito estatuído no artigo 2º da CLT, considera-se empregador a “empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Há quatro perfis diferentes: **perfil subjetivo** - que a empresa se confunde com o próprio empresário; **perfil objetivo** - que corresponde ao fundo de comércio, ou seja, conjunto de bens corpóreos e incorpóreos destinados ao exercício da empresa; **perfil corporativo ou institucional** - corresponde aos esforços conjuntos do empresário e de seus colaboradores e o **perfil funcional**, que corresponde à força vital da empresa, ou seja, à atividade organizada e coordenadora do capital e do trabalho.

O termo “empresa” retrata forte influencia da teoria institucionalista no contrato de trabalho, pois estes vêem nesta “uma reunião, sob a autoridade do empregador ou de seus prepostos, de trabalhadores assalariados perseguindo uma ativi-

dade comum”.

Já os contratualistas distinguem-na do empresário, “visto como o indivíduo ou pessoa jurídica proprietária, o contratante da obra, exploração, indústria ou serviço onde se presta o trabalho”. Há aqui uma relação de hierarquia.

Ao enfatizar a empresa como empregador, a lei quis dizer que a empresa é a responsável, independentemente, de quem seja seu proprietário (art.10 e 448 da CLT), porque para o legislador trabalhista, empresa é quem (pessoa física ou jurídica) contrata, assalaria e dirige o trabalho subordinado.

Para Délio Maranhão, empresa significa atividade e é objeto de direito.

Estabelecimento é o espaço físico onde se instala o exercício de qualquer atividade. Portanto, o local onde se instala a empresa, a fim de realizar seu objetivo.

Existem três elementos que separam, invariavelmente, as idéias de empresa e estabelecimento: independência contábil e financeira; subordinação hierárquica; risco da atividade econômica.

A aparente confusão entre estabelecimento e empresa desaparece, no entanto, em situações como a de extinção de estabelecimento que não acarreta, necessariamente, a cessação das relações de emprego vigentes com a empresa, diferentemente da extinção da empresa que não deixa estabelecimento sobrevivente para responder pela continuidade dessas relações.

Por causa da subordinação hierárquica e da dependência financeira do estabelecimento à empresa, não se deve tentar buscar normas definidoras nem disciplinares da atividade nem das relações jurídicas do estabelecimento, seja porque sua atividade é material, seja porque ele não é sujeito de direito.

Porém com o novo código civil, o conceito de estabelecimento se ampliou, abrangendo, também, os bens incorpóreos, substituindo o conceito de fundo de comércio.

Art.1142. “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

O estabelecimento passa a não ser mero espaço físico da empresa, mas sim o seu perfil objetivo - conjunto de bens corpóreos e incorpóreos.

2.2. DO EMPREGADOR POR EQUIPARAÇÃO.

A CLT estabelece em seu artigo 2º, §1º “Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados”.

Na verdade, as entidades especificadas são empregadores típicos, porque contratam, assalariam e dirigem a prestação pessoal de serviços dos empregados.

O Código Civil de 2002 diferencia a sociedade empresarial da sociedade

simples, sendo que aquela visa lucro e esta exerce a atividade econômica sem objetivo de lucro. São entes sem fins lucrativos, sendo que tal aspecto não é relevante para caracterizá-las como empregadoras.

2.3. GRUPO ECONÔMICO.

O parágrafo 2º do artigo 2º da CLT estabelece: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

O legislador define como grupo econômico a figura resultante da vinculação trabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses laços a direção ou coordenação de uma empresa com relação às demais, em face das atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer natureza econômica.

A utilização da expressão “empresa” é adequada ao conceito do grupo econômico, sendo certo que compõe o grupo os entes que exercem atividade econômica, excluindo o Estado, empregador doméstico e os entes sem fins lucrativos.

Os requisitos previstos no artigo 2º da CLT são: personalidade jurídica própria e estar sob direção controle ou administração de outra e exercício de atividade econômica.

A Lei 5.889/89 - art.3º, §2º (trabalhador rural) modernizou a idéia, desvinculando a solidariedade empresarial de qualquer idéia de sujeição de umas a outras das empresas economicamente grupadas, estabelecendo o grupo econômico por coordenação, onde as empresas são autônomas, mas entretanto há a direção única.

Para efeitos trabalhistas, o grupo econômico pode ser hierarquizado (uma empresa ou pessoa física controla as demais), ou coordenado (as empresas regem-se pela unidade de objetivos).

A existência do grupo econômico tem por objetivo ampliar as possibilidades de garantia do crédito trabalhista, impondo responsabilidade plena por tais créditos às distintas empresas componentes do mesmo grupo.

3. INFLUÊNCIA DAS ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA.

3.1 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

3.3.1. - GRUPO ECONÔMICO.

A responsabilidade das empresas que compõem o grupo econômico é **solidária**, resultante de lei (art.2º §2º da C.L.T.; art.3º,§2º da Lei 5.889/73 e art.265 do novo C.C.).

A solidariedade passiva confere ao credor-empregado o poder de exigir de **todos os componentes do grupo econômico ou de qualquer um deles** o pagamento por inteiro da dívida, ainda que tenha trabalhado e sido contratado por apenas uma das empresas (art.275 do novo C.C.).

Ao lado da solidariedade passiva, o artigo 267 do novo C.C. estabelece a solidariedade ativa. Assim, todos os integrantes do grupo econômico têm a prerrogativa de se valerem do mesmo trabalho contratado, sem que o exercício de tal prerrogativa importe, necessariamente, em novos contratos de emprego. Todos os membros do grupo seriam, pois, ao mesmo tempo, empregadores e não somente devedores. Noutras palavras, trata-se de empregador único.

O Tribunal Superior do Trabalho, a respeito da questão em discussão editou o seguinte enunciado:

129 - A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Pelo que se observa, o TST adota teoria do empregador único, mas entende que a empresa integrante do grupo econômico deve figurar no pólo passivo da ação. Veja-se o teor do seguinte enunciado:

205 - O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.

Tal enunciado objetiva assegurar o direito de defesa. Para coibir abusos por empregados que reclamavam apenas contra a empresa empregadora insolvente e sem direção organizada, na expectativa de obter vultosas condenações à revelia, cuja execução passavam a requerer contra empresas sadias do grupo, solidariamente responsáveis. Importante, também, que seja provada na fase de conhecimento a existência do grupo econômico.

3.2. DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

A) TERCEIRIZAÇÃO.

É o ato pelo qual uma empresa, mediante contrato, entrega à outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta. Transporte, limpeza e restaurante são exemplos típicos.

O Enunciado 331 do T.S.T. englobou todas as situações de terceirização, até a hipótese de trabalho temporário. A teor dessa súmula, há responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços em face de quaisquer verbas trabalhistas concernentes ao empregado colocado à disposição, na hipótese de inadimplemento das respectivas obrigações pela prestadora de serviços.

A responsabilidade é automática exigindo simples inadimplemento do devedor principal, ou seja, é desnecessária a prova de fraude ou insolvência do prestador de serviços.

Pelo artigo 71 da L.8.666/93, os órgãos da Administração Pública que contratam obras ou serviços com terceiros, não possuem responsabilidade pelos encargos trabalhistas, exceto, solidariamente, pelos previdenciários. A jurisprudência trabalhista se inclina por entendimento contrário (EN.331 do TST). Responde subsidiariamente, em face da responsabilidade objetiva da Administração Pública, se assim não fosse, ao menos consideraria a culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

B) DO SUB-EMPREITEIRO.

A melhor doutrina e a jurisprudência tendem a considerar a responsabilidade imputada a empreiteiro principal como solidária. Por força dessa interpretação (responsabilidade solidária), consideram desnecessária a prova de fraude ou insolvência do subempreiteiro para acionar-se o empreiteiro principal.

Hoje, contudo, por força da uniformização jurisprudencial tal situação estaria, na opinião de grande parte da doutrina, incluída no cenário da terceirização, passando-se a considerar como subsidiária a responsabilidade do empreiteiro principal, conforme se verifica pelos seguintes elementos:

CLT - Art.455. Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único: Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias e estes devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

OJ 191 DA SDI - Dono da obra. Responsabilidade. Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

4. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

4.1. DA RESPONSABILIDADE DO SÓCIO.

O sócio dotado de responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações sociais obviamente sempre responderá por qualquer dívida da pessoa jurídica respectiva. É o que se passa com as sociedades em nome coletivo e com a sociedade de fato.

Houve importante alteração, contudo, no tocante à responsabilidade limitada dos sócios, considerando-se o disposto no C.C. atual de que a pessoa do sócio não se confunde com a pessoa da sociedade.

Até hoje já estava claramente incorporado pelo próprio Direito Comum (art.28 do CDC) a desconsideração da personalidade jurídica: art.28 O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

No direito do trabalho é aplicada nas hipóteses de abuso de direito; excesso de poder; violação da lei ou contrato, meios fraudulentos e insuficiência de bens da empresa.

AMADOR PAES DE ALMEIDA a admite quando presentes os seguintes elementos:

- a) uso abusivo da sociedade;
- b) fraude, como artifício para prejudicar terceiros; levados a efeito dentro de presumida legalidade;
- c) confusão patrimonial;
- d) insuficiência do capital social “para o exercício de sua atividade empresarial”.

Firmou-se a jurisprudência presumindo a responsabilidade dos sócios-gerentes de sociedade limitada, quando não houver dissolução formalmente válida, cuja prova incumbe ao sócio, ou mesmo sem dissolução formal, quando a empresa não possuir bens para penhora. Inspiração no art.135 do CTN.

O sócio não responde solidariamente pelas dívidas sociais trabalhistas, mas em caráter subsidiário, dependendo da frustração do procedimento executório contra a sociedade. Tanto é que pode exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade, indicando-os precisamente (art.596 do CPC).

Não precisa constar da sentença, porque é irrelevante discutir a situação fático-jurídica do sócio.

A jurisprudência trabalhista diferencia o sócio controlador da sociedade limitada com o da sociedade anônima. Em razão da S/A ser uma sociedade de capital,

é necessária a prova de que houve gestão fraudulenta ou ilícita. Já na sociedade limitada, por ser sociedade de pessoas (*affectio societatis*), a culpa do sócio administrador se presume.

4.2. DA SOCIEDADE LTDA. E OS SÓCIOS.

O novo Código Civil trouxe profundas mudanças para as sociedades limitadas.

As sociedades limitadas terão de cumprir exigências que anteriormente eram aplicáveis somente às sociedades por ações, sendo uma delas a obrigatoriedade de realização de assembléia geral anual entre quotistas.

Dentre as várias mudanças introduzidas na vida das sociedades limitadas pelo novo dispositivo legal, a que mais deve causar preocupação às empresas é a previsão expressa de que os bens do sócio devem ser usados para pagar dívidas causadas por atos irregulares dos administradores. Até hoje, apenas o Código de Defesa do Consumidor trazia essa possibilidade, ao tratar das relações de consumo (art.28)

Todas as outras leis defendiam a separação entre os bens dos sócios e os das empresas.

ART.1070: As atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da sociedade, e a responsabilidade de seus membros obedece à regra que define a dos administradores (art.1016)

Art.1016 - Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Para o direito do trabalho, a responsabilidade do sócio terá dois fundamentos legais o art.1016 do novo C.C. o art.28 do C.D.C., fortalecendo os argumentos para a desconsideração da pessoa jurídica.

4.3. RESPONSABILIDADE DO CÔNJUGE DO SÓCIO.

Os bens do cônjuge estão sujeitos à execução, nos casos em que respondem pela dívida (art.592, IV do CPC). Mas se provado que a dívida não trouxe benefício para o casal (art.246, parágrafo único do C.C.), nessa hipótese respondem pelos bens até o limite da meação (art.3º L.4121/62), sendo que a separação judicial só surtirá efeitos perante terceiros se averbada no Registro Público de Empresas Mercantis.

Art.980. A sentença que decretar ou homologar a separação judicial do empresário e o ato de reconciliação não podem ser opostos a terceiros, antes de arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis.

É de se presumir que o produto da atividade empresarial sempre é usufruído por ambos os cônjuges, sendo que o contrário necessita ser provado. Daí a importância da averbação da separação judicial no registro público de empresas.

4.4. DA SUCESSÃO EMPRESARIAL.

A sucessão de empregadores está prevista nos arts. 10 e 448 da CLT e consiste no instituto trabalhista em virtude do qual se opera a transmissão de créditos e obrigações, quando da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento.

Dispõe o art.10 da CLT que “qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”. Também o art.448 da CLT dispõe que a “mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”. A expressão empresa nesses dois artigos enfatiza a despersonalização do empregador, vinculando o contrato empregatício ao empreendimento, independentemente do efetivo titular.

Délio Maranhão afirma que os dois requisitos para a sucessão empresarial são: a transferência do estabelecimento, visto como unidade econômico-jurídica, e que os serviços prestados pelos trabalhadores não sofram solução de continuidade.

Exige, apenas, a venda de um estabelecimento que, em seu conjunto, traduza a noção de unidade econômico-jurídica. Trata-se da sucessão por encampação, absorção ou fusão do serviço ou estabelecimento. É possível a sucessão num só estabelecimento da empresa desde que seja um núcleo diferenciado, capaz de sobrevivência autônoma.

A doutrina moderna entende que é fundamental a transferência significativa do estabelecimento ou da empresa de modo a afetar os contratos de trabalho, independentemente da solução ou não de continuidade na prestação de serviços.

Quando se diz transferência do estabelecimento ou da empresa, entenda-se que não é somente do espaço físico, mas sim do fundo de comércio. A sucessora adquire o acervo capaz de gerir riquezas, o ponto de comercial, a clientela, enfim todo o conjunto de atributos inerentes à sucedida.

O art.1146 do novo código civil nos ajuda muito. Determina a responsabilidade do sucessor, mantendo a sucedida como responsável solidária por um ano. É um artigo que vem de encontro ao direito do trabalho, com o objetivo de evitar alienações fraudulentas.

ART.1146: O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

5. CONCLUSÃO.

Observa-se claramente a grande influência do Código Civil de 2002 no direito trabalho.

A maior alteração no que tange ao tema objeto do presente artigo foi a preocupação do novo Código com a função social na interpretação da norma.

Nesse sentido, a responsabilização solidária dos sócios, responsabilizando, de maneira clara, o adquirente do estabelecimento pelas dívidas adquiridas pelo alienante e atribuindo maiores subsídios ao direito do trabalho na proteção dos direitos dos empregados.

Poderá o juiz, por preceito legal, condenar o sucessor ao pagamento dos débitos trabalhistas e responsabilizar os sócios, sem precisar mencionar posições doutrinárias.

É inequívoco que as alterações produzidas pelo novo Código Civil terão repercussão no Direito do Trabalho em curto e médio prazo. Espera-se, contudo, que tais alterações levem em conta os princípios do Direito do Trabalho e a preocupação com o aspecto social do trabalho.

O empregado, como elo mais fraco do contrato de trabalho deve ser protegido, e o Código civil de 2002, **aplicado em conjunto com a CLT** pode, concretamente, oferecer condições para que isso aconteça.

BIBLIOGRAFIA:

DALAZEM, João Orestes, *Competência material trabalhista*, São Paulo, LTr, 1995.

FARIA, José de Oliveira Campos, *Os Novos Desafios da Justiça do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1995.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson, *Curso de direito do trabalho*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.

MAGANO, Otávio Bueno, *Manual do Direito do Trabalho*, Vol. 1, São Paulo, LTr, 1992.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2002.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *A Justiça do trabalho no Brasil Moderno*, in Revista LTr, n.º 59-12/1627.

....., “*Comissões paritárias de conciliação*”, in Jornal do XI Congresso de Direito do Trabalho, LTr, p. 54.

....., “*O direito do trabalho no Brasil moderno*”, in Revista LTr, n.º 59-12/1627 e Revista do Direito do Trabalho, ed. Consulex, n. 7 p. 52.

SUSSEKIND, Arnaldo, “*Instituições de direito do trabalho*”, 1º Volume, São Paulo, Editora LTr, 2003.

A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Jean Marcel Mariano de Oliveira^S

1. INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro, como regra geral, possui como partes Autor e Réu, que pleiteiam em pólos antagônicos algum ou alguns interesses que ambos se julgam possuidores ou, ao menos, uma das partes pleiteia e a outra se limita a impugnar a pretensão da primeira. Ocorre que, não tão raramente, o direito em discussão pertence a uma terceira pessoa ou esta terceira pessoa é a responsável pelo cumprimento da obrigação (sentido lato) objeto da ação.

Surge aí um instituto idealizado pelo legislador pátrio com o escopo de por em prática o tão anunciado princípio da economia processual, ou seja, o terceiro ingressa nos autos do mesmo processo já iniciado para lá discutir o seu direito ou responsabilidade, sem necessitar de uma ação autônoma para tanto, ou ainda, embora necessitando de um outro processo, partir-se diretamente para a execução, ao invés de iniciar-se um novo processo de conhecimento. As formas de intervenção de terceiros conhecidas no Direito brasileiro, são a assistência, a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide e o chamamento ao processo.

O importante é não perder de vista o princípio básico norteador deste instituto, ou seja, somente será possível a intervenção de terceiros quando houver previsão expressa em lei a autorizando, já que, como bem assinala Vicente Greco Filho, a regra geral é a da singularidade do processo e da jurisdição.

2. DA ASSISTÊNCIA

Artigo 50 – Código de Processo Civil: “Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la”.

Embora de forma equivocada, o Código de Processo Civil brasileiro não incluiu de forma expressa o instituto da assistência dentre as formas de intervenção de terceiros, mas como tal deve ser estudada, já que, como ensina Moacyr Amaral Santos, guarda muitas semelhanças com este instituto, valendo ressaltar que vários doutrinadores consideram a assistência uma verdadeira forma de intervenção de terceiros.

^SAdvogado militante na cidade de Jundiaí/SP, formado na Faculdade de Direito Padre Anchieta.

Para que um terceiro possa intervir no processo como assistente de uma das partes, é necessário que o mesmo tenha **interesse jurídico** em que a sentença de mérito a ser proferida seja favorável a esta parte assistida.

Mas o que vem a ser este interesse jurídico? O interesse jurídica a que alude o Código de Processo Civil é aquele que tem relevância para o mundo direito, e que muitas vezes conflita com o próprio interesse pessoal do interveniente. Em outras palavras, este interesse não aquele íntimo de cada ser humano, de se querer que uma ou outra das partes saia vencedora na demanda, talvez por ser ela um parente, amigo, conhecido, etc., nem tampouco o mero interesse econômico, mas sim aquele interesse que representará alguma alteração na esfera jurídica do interveniente. Citamos como exemplo uma discussão acerca de um bem doado com a cláusula de somente operar seus efeitos após a ocorrência de um evento futuro e incerto (condição suspensiva). Enquanto não ocorrido este evento, o bem continuará sendo de propriedade do doador, mas o donatário poderá intervir como assistente num eventual discussão entre o doador e um outra pessoa acerca do direito de propriedade deste bem, a fim de que o doador saia vencedor nesta demanda e o bem permaneça em seu patrimônio, para que, quando cumprida a condição suspensiva, venha a transferir-se para o patrimônio do donatário/assistente, pois a derrota do doador fará com que, mesmo ocorrendo o evento futuro e incerto, fique sem o bem doado.

É este o entendimento do Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em acórdão publicado na Revista dos Tribunais 669/215, como se vê abaixo, “*in verbis*”:

“Para verificar a existência de interesse jurídico de terceiro, para intervir no processo como assistente de uma das partes, há de partir-se da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se dela lhe adviria prejuízo juridicamente relevante”.

Mas é importante ressaltar que o assistente receberá o processo no estado em que se encontra, não importando em nulidade a prática de atos processuais anteriores sem a participação do assistente, salvo em caso de ser o mesmo um litisconsorte necessário, o qual, nos termos da lei, deveria ter sido incluído obrigatoriamente num dos polo da demanda, caso em que os atos até então praticados deverão ser declarados nulos, sob pena de violação do princípio constitucional do “*due process of law*”.

O procedimento a ser seguido para admissão de um assistente vem previsto de forma expressa no artigo 51 do Código de Processo Civil. O interessado deverá protocolizar uma petição endereçada ao juiz do processo expondo as razões que o autorizam atuar como assistente de alguma das partes e, em não havendo impugnação no prazo de 05 dias, o juiz deferirá o pedido. Impugnada por qualquer das partes a existência de interesse jurídico, o juiz determinará a suspensão do processo e autuação da petição e respectiva impugnação em apenso aos autos principais, autorizando em seguida a produção de provas e decidindo o incidente no prazo de 05 dias. Seja qual for a decisão, caberá sempre recurso de agravo de

instrumento, por se tratar de decisão interlocutória que demanda solução imediata e que não poderá aguardar para ser objeto de apreciação como preliminar de apelação, como ocorre no agravo retido. Contudo, o processo principal terá seu andamento normal, visto não haver previsão legal para o efeito suspensivo no caso de recurso de agravo.

Uma vez admitido o assistente, de forma expressa ou tácita, o mesmo atuará como auxiliar da parte principal, com os mesmos poderes (produção de provas, impugnação de atos, interposição de recursos), mas sujeito aos mesmos encargos e ônus processuais (rateio de despesas processuais).

Mesmo no caso de revelia do assistido será possível a assistência, caso em que o assistente intervirá como gestor de negócios do parte assistida, assumindo o lugar deste na demanda, podendo prosseguir de forma autônoma, como se réu fosse, sendo aplicável no que couber as disposições acerca da gestão de negócios, constantes dos artigos 1.331 a 1.345 do Código Civil brasileiro, sendo certo que, caso queira, o assistido poderá retomar o processo no estado em que se encontra, voltando o assistente a ser mero interveniente no processo.

Outro aspecto importante extraí-se do artigo 53 do Código de Processo Civil, especialmente para o caso de assistência simples, sendo lícito à parte principal assistida dispor totalmente do seu direito, podendo reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação ou ainda transigir sobre os direitos em controvérsia, cessando para todos os efeitos a intervenção do assistente. No exemplo retro mencionado, o doador como legítimo proprietário do bem em discussão poderá reconhecer o direito daquele que o pleiteia ou transigir acerca de seu objeto, sem que o assistente possa se opor nos autos deste processo, restando a este apenas eventuais direitos indenizatórios, que serão discutidos em ação própria.

Existem duas modalidades de assistência: a assistência simples, que é aquela em que a relação jurídica do assistente é com o próprio assistido, ou, em outras palavras, a relação jurídica do assistente com o assistido é autônoma àquela relação existente entre o assistido e seu oponente no processo principal, sendo certo que a sentença a ser proferida irá influenciar de uma forma ou de outra nesta relação existente entre assistente e assistido, como é o caso do fiador que intervéem no processo em que o devedor afiançado discute o débito com o credor, e a assistência litisconsorcial, que é aquela em que a relação jurídica do assistente é com a parte contrária ao assistido, ou, em outras palavras, o assistente poderia ter sido parte na ação mas não foi por livre conveniência do autor da ação, nos caso de litisconsórcio facultativo.

Por fim, não será lícito ao assistente discutir, após o trânsito em julgado da sentença proferida no processo em que o mesmo interveio, a justiça desta decisão, salvo se fizer alegação, acompanhada de prova hábil neste sentido, de que foi impossibilitado de produzir provas que poderiam influir no resultado final, para a hipótese de ter recebido o processo em estado que o impossibilitava de produzi-las, ou ainda, quando existentes tais provas, o assistente não pode usá-las por

omissão dolosa ou culposa do assistido. A possibilidade de ser discutir novamente a questão nestes caso previstos na lei é denominada doutrinariamente de “*exceptio male gestii processus*”.

Assim, os efeitos da coisa julgada material atingirão o assistente sempre que não ocorrer qualquer das hipóteses supramencionadas, caso em que será possível ao assistente, discutir novamente, agora como parte, o resultado da demanda. Não fosse assim, estaria o instituto condenado ao desuso já que seria pouco provável que alguém se arriscasse a intervir em um processo como terceiro e fosse prejudicado por uma conduta lesiva do assistido, e assim não pudesse mais voltar a discutir a questão.

3. DA OPOSIÇÃO

Artigo 56 - Código de Processo Civil: “Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos”.

É uma modalidade de intervenção de terceiros na qual aquele que se julga possuidor de uma coisa ou um direito que se encontra em discussão numa ação judicial por outras pessoas (autor e réu), poderá pleiteá-lo para si naquele mesmo processo, oferecendo oposição contra ambos, sendo certo que, em regra, a sentença possuía efeito declaratório contra o autor da ação principal e efeito condenatório contra o réu, mas o certo é que o oponente não auxiliará qualquer das partes, mas sim negará o direito de ambas em seu proveito.

Trata-se de uma ação autônoma, formada pelo oponente (terceiro interveniente) e pelos opostos (autor e réu), cuja petição inicial deverá observar os mesmos requisitos das demais petições iniciais de processo de conhecimento, e que será distribuída por dependência, citando as partes do processo original para contestar o pedido no prazo de 15 dias.

Resta agora indagar se este prazo de 15 dias será contado de forma simples ou em dobro? Nos termos do artigo 191 do CPC, o prazo para contestação é contado em dobro quando os litisconsortes tiverem procuradores diferentes. No caso da oposição, haverá sempre um litisconsórcio passivo e os procuradores das partes sempre serão diferentes já que o direito pleiteado na ação principal é antagônico entre eles, razão pela qual se conclui que o prazo de 15 dias, mencionado na lei para contestação, deverá ser contado em dobro.

É uma ação de cunho prejudicial à ação principal, pois reconhecido por sentença o direito do oponente formulado na petição da oposição, restará prejudicado o pedido original do autor em face do réu formulado na ação principal.

O objeto a ser discutido na oposição deve ser o mesmo ou menos amplo que o objeto da ação principal, em aplicação clara do princípio de que “o acessório segue o principal”, razão pela qual o que exceder ao objeto da ação principal deverá ser discutido em ação autônoma.

É importante ressaltar que o reconhecimento do direito pleiteado pelo oponente efetuado somente por um dos opostos não produzirá qualquer efeito de direito material, caso em que a oposição prosseguirá somente contra o outro, deixando assim de existir o litisconsórcio passivo formado originalmente pela oposição, da mesma forma como dispõe o artigo 48 do CPC, segundo o qual cada litisconsorte deverá ser considerado na demanda de forma autônoma, de modo que os atos e omissões de cada um não prejudicarão nem beneficiarão os demais.

Se oferecida antes da audiência de instrução e julgamento do processo principal, a oposição será apensada aos autos principais e terá seu prosseguimento simultaneamente ao da ação principal, sendo ambas (ação principal e oposição) julgadas pela mesma sentença.

Oferecida após o início desta audiência, a oposição seguirá o rito ordinário (arts. 282 a 475 do CPC) e será julgada de forma independente da ação principal, sendo lícito ao juiz suspender o andamento da ação principal, sempre por prazo não superior a 90 dias, a fim de julgá-las simultaneamente, evitando assim decisões controvertidas e observando o princípio da economia processual, mas sempre conhecendo da oposição em primeiro lugar, nos moldes previsto no artigo 61 do Código de Processo Civil, sob pena de nulidade da sentença, como tem decidido os tribunais superiores brasileiros, conforme ementa publicada na JTA 96/70 com o seguinte teor: *“É nula a sentença que julga em primeiro lugar a ação para, a seguir, considerar prejudicada a oposição”*.

Oferecida após o julgamento da ação principal em primeira instância, será distribuída normalmente sem prevenção do juízo, e seguirá os moldes de uma ação autônoma.

4. NOMEAÇÃO A AUTORIA

Artigo 62 – Código de Processo Civil: “Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor”.

Artigo 63 – Código de Processo Civil: “Aplica-se também o disposto no artigo antecedente à ação de indenização, intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, toda vez que o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro”.

Trata-se de um instituto que na prática serve apenas para a correção do polo passivo da demanda, ou seja, o terceiro ingressa no mesmo processo, no lugar e por indicação do réu que de forma errônea foi incluído no polo passivo da demanda.

O primeiro caso em que cabe a nomeação à autoria é aquele do detentor da coisa, quando demandado em razão da posse ou da propriedade da mesma. O conceito de detentor da coisa é extraído do artigo 487 do Código Civil Brasileiro, ou nos

dizeres de Levenhagen, “*não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordem ou instruções suas*”.

Como ensina ainda o professor Carlos Roberto Gonçalves “*O possuidor exerce o poder de fato em razão de um interesse próprio; o detentor, no interesse de outrem. É o caso típico dos caseiros e de todos aqueles que zelam por propriedades em nome do dono ou ainda do administrador de imóveis que detém o imóvel em nome do administrado. Podem ser mencionadas, ainda, como exemplos de detenção a situação do soldado em relação às armas no quartel e a do preso em relação às ferramentas com que trabalha. Tais servidores não têm posse e não lhes assiste o direito de invocar, em nome próprio, a proteção possessória. São chamados de “fâmulos da posse*”.

Assim, não possuindo o direito de invocar a proteção possessória em razão de agir meramente no interesse de outrem, também não pode o detentor ser responsabilizado em virtude desta detenção, razão pela qual a lei atribui o dever de se nomear à autoria o proprietário ou possuidor para que estes respondam aos termos da ação proposta erroneamente contra o detentor da coisa.

O segundo caso previsto na lei é o do mandatário, que age representando o mandante e em nome deste pratica determinados atos e que eventualmente poderão ensejar a propositura de ações de indenização. É o caso do advogado, que age em nome do cliente, e que se demandado em ação de indenização em razão dos fatos alegados em eventual ação judicial, deverá nomear o cliente à autoria, pois agiu como mero mandatário deste.

É importante deixar consignado que estes atos não poderão ser provenientes de ordem manifestamente ilegal e nem fora dos limites do mandato, casos em que a responsabilidade será solidária entre o mandante e o mandatário, o que inviabilizará a nomeação à autoria.

Em poucas palavras, o nomeante não poderia ser parte na ação principal, e quando nela incluído, deverá ser feita a nomeação à autoria, visando a correção desta irregularidade.

A nomeação à autoria deverá ser feita sempre no prazo para defesa e, sendo tal pedido deferido, deverá o juiz determinar a suspensão do processo e providenciará a intimação do autor, no prazo de 05 dias, para manifestar-se acerca da nomeação.

Aceita a nomeação pelo autor, este ficará incumbido de providenciar a citação do nomeado, depositando as diligências de oficial de justiça para citação pessoal, ou requerendo a citação por qualquer outra das formas previstas em lei. Recusada a nomeação, esta ficará sem efeito.

Ao nomeado cabe praticar todos os atos tendentes à sua defesa, caso reconheça a veracidade das informações prestadas pelo nomeante, sendo certo que se não aceitar esta nomeação, o processo continuará contra o réu original.

Por tratar-se de decisão interlocutória que trará influência no desenrolar do

processo, o recurso cabível contra a decisão de primeira instância que deferiu ou indeferiu a nomeação à autoria será o agravo de instrumento, pois não poderá aguardar sua reapreciação como preliminar de eventual recurso de apelação, como ocorre no agravo retido.

Em ambos os casos de recusa da nomeação, caberá abertura em favor do nomeante de novo prazo para a defesa, sempre na íntegra, o que deve ser feito de forma expressa neste sentido, não valendo a intimação via diário oficial do indeferimento da nomeação como ato suficiente para reabertura tácita deste prazo, como já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, através da sua 4ª Turma, no julgamento do Recurso Especial n.º 33.071-7/RJ, sendo relator o Ministro Ruy Rosado:

“Indeferida a nomeação à autoria, cumpria ao juiz assinar novo prazo ao nomeante para contestar, na forma do art. 67 do CPC, não bastando a sua simples intimação do despacho de indeferimento”.

Contudo, caso seja recusada a nomeação à autoria pelo autor ou pelo nomeado, o processo seguirá contra o nomeante, mas deverá ser extinto sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva de parte.

O Código de Processo Civil prevê também a aceitação tácita da nomeação efetuada pelo réu sempre quando o autor, regulamente intimado para manifestar-se acerca da nomeação, nada requerer no prazo legal ou quando o nomeado, da mesma forma, não comparecer para manifestar sua recusa acerca da nomeação ou nada alegar em sua defesa.

Por fim, será responsabilizado civilmente o nomeante que deixar de nomear à autoria nos casos previstos na lei, ou ainda, quando nomear pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada, nos termos do artigo 1.059 e seguintes do Código Civil brasileiro. Como já mencionado, a ausência de nomeação à autoria por parte do réu, acarretará extinção do processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade passiva de parte, sendo que o autor terá direito de ser indenizado pelos prejuízos que sofrer, já que a nomeação a autoria é obrigatória e não mera faculdade do réu, caso em que a própria sentença reconhecerá os prejuízos sofridos pelo autor, os quais deverão ser indenizados pelo réu.

Contudo, o prejudicado pela ausência da nomeação poderá ser um terceiro estranho ao processo, razão pela qual não restará a este outra alternativa senão propor a competente ação de reparação de danos em juízo próprio.

5. DENUNCIÇÃO DA LIDE

Artigo 70 – Código de Processo Civil: “A denúncia da lide é obrigatória: I- ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa cujo domínio foi transferido

à parte a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta; II- ao proprietário ou ao possuidor indireto, quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o de usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada; III- àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

Este instituto, como se infere do texto da lei, poderá ser utilizado pelo autor, nos casos de ações de caráter dúplice (prestação de contas e possessórias) nas quais o autor poderá ser condenado, bem como em todas aquelas ações em que houver sido proposta reconvenção, ou ainda no caso de autor de embargos de terceiro, quando o bem tiver sido adquirido do terceiro denunciado, já que, se perdedor nos embargos, ficará sem o bem, o que ensejará indenização. Poderá também ser utilizado pelo réu, e neste caso com muito mais frequência e, quando enquadrado no caso concreto, é de utilização obrigatória, do que se pode concluir inicialmente que eventual ação regressiva não poderá ser exercida contra quem de direito, o qual deveria ter sido denunciado à lide no processo que originou o eventual direito de ressarcimento, mas como esta penalidade não vem expressamente prevista na lei, a doutrina e a jurisprudência vêm divergindo quanto às conseqüências do descumprimento desta obrigatoriedade.

O professor Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso entende que a previsão legal para aplicação de qualquer pena *“deve ser expressa e isenta de dúvidas”*, e em seguida diz que *“a melhor exegese da obrigatoriedade da denunciação é vedar o exercício do direito de regresso nos processos em que o denunciado não seja citado no momento oportuno, mas sem atingir o direito material ao ressarcimento, o qual poderá ser objeto de ação própria e autônoma”*.

Já Vicente Greco Filho entende que *“a solução lógica é a mesma encontrada pelo texto expresso do Código Português: Se o não chamar, terá de provar, na ação de indenização, que na demanda anterior empregou todos os esforços para evitar a condenação”*, e complementa explicando que *“quem não chamou o garante para amarrá-lo aos efeitos imutáveis da coisa julgada corre o risco de, na ação própria, receber exceções materiais relativas à sua atuação no primeiro processo e, se agiu com culpa nessa demanda, seu negligência compensa o dever de indenizar, uma vez que o garante demonstre que poderia ter ganho a ação”*. Conclui, portanto, pela inexistência de forma absoluta da perda do direito de ação de regresso, mas a condiciona à produção de prova que demonstre que a presença do garante na ação em nada teria mudado o resultado da mesma, com exceção ao caso previsto no inciso I (direito de evicção) quando entende que a ausência da denunciação da lide acarreta a perda dos direitos decorrentes da evicção.

Em sentido contrário, o professor Levenhagen ensina que: *“concluindo e consoante entendimento da melhor doutrina, a falta de denunciação da lide não impede apenas o ajuizamento da ação de evicção. A falta de denunciação leva à*

perda do direito de garantia ou regresso, abrangendo, assim, os três casos constantes do artigo 70’.

Por fim, Celso Agrícola Barbi ensina que “apesar de a lei não haver estatuído expressamente essa perda, a expressão obrigatória, usada no artigo, só tem sentido se a desobediência ao mandamento nele contido tiver conseqüência prejudicial a quem a descumprir. Daí a conclusão que a falta de denunciação nos casos previstos no art. 70 leva à perda do direito de garantia ou de regresso”.

Já na jurisprudência, o entendimento acerca da obrigatoriedade é externado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da sua 1ª Turma, ao julgar o Recurso Especial n.º 196.321/PR, sendo relator o Ministro Demócrito Reinaldo, “*in verbis*”:

“Em face de preceito expresso de lei, a denunciação da lide é obrigatória a todo aquele que estiver forçado pela lei ou por cláusula contratual a indenizar, por via de regresso, o prejuízo do que perder a demanda. Tornar facultativa a denunciação da lide importa no descumprimento explícito da lei (art. 70, III, do CPC) e na afronta ao princípio da economia processual.”

Outrossim, o entendimento acerca da obrigatoriedade para alguns casos e facultatividade para outros é externado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, através da sua 2ª Turma, ao julgar o Recurso Especial n.º 38.792/SP, sendo relator o Ministro Peçanha Martins, “*in verbis*”:

“A denunciação da lide torna-se obrigatória na hipótese de perda do direito de regresso prevista nos incisos I e II do art., 70/CPC, não se fazendo presente essa obrigatoriedade no caso do inciso III do mesmo dispositivo, onde tal direito permanece íntegro.”

Em síntese, significa dizer que, por força de contrato ou da lei, determinadas pessoas possuem o direito de ser indenizadas por terceiros caso venham a sair derrotados naquele processo mas, por determinação legal, deverá requer a denunciação daquele terceiro à lide para que também responda aos termos do processo, valendo a sentença que consignar o dever do denunciado em indenizar o denunciante como título executivo judicial em favor deste último.

O primeiro caso de denunciação da lide é o do alienante, quando um terceiro adquire alguma coisa de propriedade deste, coisa esta que passa a ser reivindicada por outra pessoa, a fim de que possa ter garantido o direito que da evicção lhe resulta. Esta garantia decorre de previsão legal, conforme dispõe o Código Civil brasileiro, nos artigos 1.107 a 1.117, e sempre implícita em qualquer negócio jurídico de venda e compra.

O segundo caso é o do proprietário ou possuidor indireto, nos casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício e do locatário, quando o possuidor direto for citado em nome próprio. Como é cediço, de acordo com o artigo 486 do Código

Civil, é dever do cedente da posse a garantia do seu normal exercício pelo cessionário, sob pena de ser deferida a este uma indenização. Demandado por terceiros acerca da posse da coisa, o possuidor direto, caso venha a sair derrotado, tem o direito de ser indenizado pelo possuidor indireto ou proprietário, razão pela qual faz-se obrigatória a denunciação da lide, para que a sentença reconheça este direito de indenização.

Neste segundo caso de denunciação da lide, a enumeração legal é meramente exemplificativa, podendo ainda, como exemplo, haver a denunciação da lide, pelo compromissário com posse direta, ao compromitente cedente de direitos hereditários e possessórios, que mantenha a posse indireta da coisa.

O terceiro caso é daquele que estiver obrigado, em virtude de lei ou por força contratual, a indenizar o denunciante, em ação regressiva, acerca do prejuízo que o mesmo tiver pela derrota na demanda principal.

Mas por reclamar este instituto uma interpretação restritiva, o entendimento jurisprudencial tem sido no sentido de não se admitir a denunciação da lide nos seguintes casos: I) mero direito regressivo eventual a surgir da sentença condenatória do réu; II) no caso de incompetência absoluta do juízo para julgar o feito contra o denunciado, como no caso de processo em trâmite pela Justiça Estadual e ser o denunciado um ente federal; III) nos embargos à execução por título extrajudicial; IV) nas ações de prestação de contas; V) nos embargos de terceiro; VI) nas ações de reparação de danos causados a consumidor; VII) nas ações de despejo.

Também por entendimento jurisprudencial, dando aplicação a estes dispositivos legais, entende-se ser admissível a denunciação da lide nos seguintes casos: I) nas ações fundadas em direito pessoal, quando a lei ou o contrato asseguram o direito de regresso; II) no processo cautelar, quando também cabível no processo principal; III) nas consignações em pagamento; IV) nas ações possessórias; V) na ação de divisão; VI) nas ações discriminatórias; VII) na ação de usucapião; VIII) ao empregado, nas ações em que o empregador é acionado por ato daquele; IX) ao servidor público, pela Fazenda Pública; X) à seguradora, pelo segurado; XI) ao terceiro causador do dano, pela transportadora.

Sendo postulada a denunciação da lide, a citação do denunciado deverá ser requerida juntamente com a citação do réu, se o denunciante for o autor, ou ainda, no prazo para contestar, se o denunciante for o réu. Deferido tal pedido pelo juiz, o processo ficará suspenso, determinado em seguida a citação do denunciado no prazo de 10 dias, caso resida na mesma comarca, ou no prazo de 30 dias, caso resida em outra comarca ou em lugar incerto. A não observância destes prazos fará com que o processo siga unicamente em relação ao denunciante, pois é dever deste fornecer os meios para que a citação ocorra regularmente.

Caso seja requerida a denunciação da lide pelo autor, o denunciado assumirá a posição de litisconsorte ativo e poderá aditar a petição inicial, procedendo em seguida a citação do réu. Sendo requerida a denunciação pelo réu, poderá o mesmo aceita-la, contestando o feito, prosseguindo o processo com um litisconsórcio

passivo entre denunciante e denunciado. Se for revel ou negar a qualidade de garantidor, caberá ao denunciante prosseguir sozinho na defesa até o final do processo. Poderá ainda o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor, caso em que o denunciante poderá prosseguir na defesa de forma autônoma.

Outro aspecto importante, também reconhecido jurisprudencialmente, é o fato de que, julgada procedente a denunciação da lide, o denunciado deverá pagar ao denunciante as despesas processuais e honorários advocatícios, independentemente do resultado da ação principal, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça, através da sua 3ª Turma, no Recurso Especial n.º 51.260-3/MG, sendo relator o Ministro Waldemar Zveiter:

“Julgada procedente a lide secundária, a litisdenunciada, vencida, pagará as despesas judiciais e os honorários do advogado do denunciante. Desinfluyente tenha a decisão concluído pela procedência da ação principal, já que esta demanda é entre o denunciante e o autor”.

A sentença, que julgar procedente a ação principal, deverá julgar também a denunciação da lide e consignará o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo judicial em favor do denunciante, sendo esta a real utilidade deste instituto no caso concreto.

6. CHAMAMENTO AO PROCESSO

Artigo 77 – Código de Processo Civil: “É admissível o chamamento ao processo: I- do devedor, na ação em que o fiador for réu; II- dos outros fiadores, quando a ação for citado apenas um deles; III- de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum”.

É um instituto que visa ao cumprimento do princípio da economia processual dentro do processo civil brasileiro e deverá ser utilizado pelo réu nas situações previstas em lei, ou seja, casos em que é possível litisconsórcio facultativo em favor do autor, valendo ressaltar que o mesmo não é de aplicação obrigatória, mas de extrema utilidade em razão da própria economia processual.

Traço característico do chamamento ao processo é o fato de que todas as pessoas passíveis de serem chamadas, poderiam ter sido rés no processo, de forma autônoma e independente, mas que por conveniência do autor não o foram.

Outrossim, a ausência do chamamento ao processo nos casos previstos na lei, dará ao réu o direito de, caso saia perdedor na ação, promover ações de regresso em face das pessoas elencadas na lei, pleiteando a parte que a estes caberia no débito.

Em outras palavras, visa possibilitar a discussão do mérito da questão entre o réu e o chamado no mesmo processo, possibilitando que estes auxiliem aqueles

na defesa, evitando assim, caso saia o réu perdedor na demanda, seja a discussão renovada em eventual ação de regresso a ser movida contra o chamado, valendo a sentença como título executivo judicial.

No primeiro caso, o devedor afiançado é o responsável direto pela quitação do seu débito, mas, em razão da fiança prestada, o fiador é demandado em seu lugar. Assim, se perdedor na ação, o fiador terá o direito de cobrar do devedor afiançado os valores que efetivamente desembolsou mas, por medida de economia processual, poderá chamá-lo ao processo para que também responda aos termos da ação, pois assim a sentença que condenar o réu, também consignará o dever do chamado em ressarcir-lo, razão pela qual esta sentença servirá de título executivo judicial em favor do réu.

No segundo caso, existe uma pluralidade de fiadores de um mesmo débito, mas a ação visando a cobrança deste débito é proposta somente contra um deles. Da mesma forma, o réu poderá aguardar o desfecho da demanda e, em ação autônoma de conhecimento, pleitear o reconhecimento do seu direito em ser ressarcido pelos demais fiadores, mas poderá chamá-los ao processo para que respondam juntamente com ele aos termos da ação proposta.

No terceiro caso, o réu demandado é devedor solidário e como tal, é responsável pela totalidade do débito, mas sempre possuíra o direito de pleitear junto aos demais devedores solidários o ressarcimento da parte que couber a cada um deles. Assim, seguindo a mesma linha de raciocínio dos demais casos de chamamento ao processo, o devedor solidário poderá chamar ao processo os demais co-responsáveis pela dívida comum, os quais responderão juntamente com ele acerca do débito pleiteado.

Como no primeiro caso, também nos demais a sentença consignará o dever dos chamados em ressarcir o réu, pelo que a sentença condenatória valerá como título executivo judicial em favor daquele que efetuou o pagamento.

Os chamados, por assumirem em última análise a condição de réus, deverão ser citados no processo para que possam exercer suas defesas, devendo este requerimento ser formulado pelo réu no prazo para contestação, sob pena de não mais ser admissível a aplicação deste instituto e ficar o réu responsável pela quitação do débito de forma individual naquele processo. Feito o pedido de chamamento ao processo, o juiz determinará a suspensão do processo, bem como determinará sejam observados, quanto à citação e prazos, o disposto nos artigos 72 e 74 (denúnciação da lide).

A sentença que condenar o réu ao pagamento da dívida, valerá como título executivo em favor deste para exigi-la totalmente do devedor principal, no caso de fiança, ou proporcionalmente dos devedores solidários e demais fiadores.

Outra questão muito discutida em nossos tribunais superiores e que hoje encontra-se praticamente pacificada, é saber se é ou não possível a utilização deste instituto nos processos de execução. Inicialmente o Supremo Tribunal Federal pendia para uma resposta positiva, mas atualmente entende que não é possível

visto que o título executivo a ser produzido pela sentença no chamamento ao processo já existe em favor daquele que salda a dívida em processo de execução. Como exemplo, vejamos o caso do fiador que se saldar a dívida poderá executar o afiançado pleiteando o ressarcimento nos mesmos autos em que efetuou o pagamento, nos termos do artigo 595 do CPC. Se a conclusão fosse em sentido contrário, este instituto perderia sua utilidade nos casos previstos em lei, já que o mesmo é utilizado no processo de conhecimento, antes da condenação do réu, para que produza força de título executivo em favor do mesmo, sendo certo que no processo de execução este devedor já possui este título executivo em função simplesmente de ter efetuado o pagamento do débito ao autor da execução.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Artigo 280 – Código de Processo Civil: “No procedimento sumário: I- Não será admissível ação declaratória incidental, nem intervenção de terceiro, salvo assistência e recurso de terceiro prejudicado”.

Artigo 10 – Lei 9.099/95 (Juizados Especiais): “Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio”.

Embora de grande utilidade, a intervenção de terceiros tem aplicação restrita ao procedimento ordinário e alguns procedimentos especiais, mas não poderá ser aplicado ao procedimento sumário, nem tampouco ao procedimento previsto nos juizados especiais.

Percebe-se, nestes casos, uma incongruência da lei, já que nas causas de menor valor, e com mais razão, deveria dar-se maior amplitude ao princípio da economia processual, o que na prática não acontece e virtude desta vedação legal, sendo aplicável este instituto somente nos processos de maior valor, cujas partes normalmente não necessitam deste benefício legal.

Desta forma, em casos como o de acidentes de veículo, em que grande parte das vezes existe o dever da seguradora em indenizar o segurado, réu no processo, a denúncia da lide não poderá ser utilizada, razão pela qual o segurado deverá postular diretamente junto à seguradora a sua indenização.

Um pouco menos rigoroso é o procedimento sumário previsto no Código de Processo Civil, ao permitir a utilização ao menos da assistência nos processos deste rito, o que já não ocorre no procedimento dos juizados especiais.

8. CONCLUSÕES

O legislador pátrio buscou, ao criar o instituto da intervenção de terceiros,

por em prática o princípio da economia processual, tornando mais célere o ressarcimento daquele que pagou e que tem o direito de ser indenizado, bem como assegurar direitos de terceiros e melhorar as condições de defesa do réu, como ocorre na assistência.

Quando aplicados de acordo com a lei, certamente tais objetivos são atingidos no caso concreto, razão pela qual impõe-se uma conscientização maior dos juristas brasileiros a fim de porem verdadeiramente em prática tais institutos, ainda mais neste período difícil em que passa o Poder Judiciário, totalmente assoberbado de trabalho, o que ajudaria em muito a diminuição desta carga e, conseqüentemente, daria uma maior celeridade ao andamento dos processos, o que aliás é reclamado pela totalidade dos juristas nos dias atuais.

9. BIBLIOGRAFIA

- Código Civil Comentários Didáticos – Volume 3 (Direito das Coisas), Antônio José de Souza Levenhagen, 5ª edição, Editora Atlas.
- Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, Theotonio Negrão, 31ª edição, Editora Saraiva.
- Comentários ao Código de Processo Civil – volume I, tomo II, Celso Agrícola Barbi.
- Comentários ao Código de Processo Civil – Volume I, Antônio José de Souza Levenhagen, 4ª edição, Editora Atlas.
- Curso de Direito Civil – 3º volume (Direito das Coisas), Washington de Barros Monteiro, 33ª edição, Editora Saraiva.
- Direito Processual Civil Brasileiro – 1º volume, Vicente Greco Filho, 12ª edição, Editora Saraiva.
- Sinopses Jurídicas – Volume 11 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento), Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso, 1ª edição, Editora Saraiva.
- Sinopses Jurídicas – Volume 3 (Direito das Coisas), Carlos Roberto Gonçalves, 1ª edição, Editora Saraiva.
- Teoria Geral do Processo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, 13ª edição, Malheiros Editores.

DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

Lídio Francisco Benedetti Junior¹

INTRODUÇÃO

Este trabalho não consiste num aprofundamento sobre o tema específico, mas simples tentativa de análise da Lei de 9.307, de 23 de setembro de 1996, no que diz respeito à convenção de arbitragem e seus efeitos.

Ressalta-se que a arbitragem já estava presente em nosso ordenamento ~~jurídico, desde a primeira Constituição~~ Brasileira, de 1824, posteriormente, contemplada no Código Civil Brasileiro³, de 1916.

Contudo, até a promulgação da nova Lei de Arbitragem, em 1996, esse sistema encontrava-se estagnado, isto é, não acompanhou a evolução dos tempos, comportamento decorrente da cultura e tradição reinante em nosso país.

Há que se considerar, também, que a Arbitragem não se desenvolveu, no Brasil, devido à insegurança jurídica que o sistema transmitia às partes, uma vez que, por exemplo, mesmo que o compromisso de arbitragem contivesse a cláusula “sem recurso” as partes poderiam recorrer ao tribunal superior. Ademais, entendia-se anteriormente que, embora as partes tivessem acordado de instituírem o juízo arbitral, através da cláusula compromissória, e, posteriormente, uma parte desistisse de celebrar o compromisso arbitral, geraria para a outra parte apenas o direito a perdas e danos.

Entretanto, com a promulgação da Lei de Arbitragem, em setembro de 1996, as barreiras legais que causavam insegurança jurídica para as partes contratantes foram revogadas. Hoje, a nova Lei de Arbitragem é considerada um instrumento privado alternativo para solução de conflitos ou, como ensina ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “*um meio paraestatal de solução de conflitos*”⁴, capaz de garantir segurança jurídica às partes que voluntariamente vierem a instituir a cláusula compromissória em seus contratos.

Há que se ressaltar, também, que a questão da constitucionalidade levantada no Supremo Tribunal Federal encontra-se superada. Assim, a Arbitragem, como instrumento eficaz para solução de controvérsias, consolida-se no Brasil, com o mesmo consentimento que encontra em outros países, como Estados Unidos da

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade “Padre Anchieta” de Jundiá, Advogado em Itatiba-SP, Membro/Mediador no INAMA/SP - Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem de São Paulo

² Artigo 164 da Constituição Imperial do Brasil – “Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

³ Lei nº 3.071, de 1.º de janeiro de 1996, artigos 1.037 a 1048

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei nº 9307/96*, p. 9.

América, Japão e países da Europa.

Cabe frisar, ainda, que o novo Código Civil, Lei 10.406/2002, nos artigos 851 a 853, fortaleceu o instituto da arbitragem no Brasil, admitindo a nova lei o compromisso e a cláusula compromissória para resolver divergências mediante o juízo arbitral.

Assim, como afirmamos acima, a Lei de Arbitragem torna-se um instrumento seguro, alternativo ao Poder Judiciário, para aqueles que procuram rapidez e Justiça na solução do conflito; Para tanto, devem firmar, nos termos do artigo 3º da Lei nº 9.307/96, uma convenção de arbitragem, através da cláusula compromissória, contratada anteriormente ao eventual conflito, ou através do compromisso arbitral, que é firmado quando surge a controvérsia.

1. DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

1.1 – DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Por intermédio da convenção de arbitragem⁵, as partes, livres e voluntariamente, podem resolver suas controvérsias, relativas a direito patrimonial disponível, submetendo-se ao juízo arbitral.

Em recente julgamento, o ilustre Relator MINISTRO MAURICIO CORRÊA, ao prolatar seu voto, manifestou-se, a respeito da convenção de arbitragem, no seguinte sentido: *“A convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior a autonomia da vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum.”*⁶.

A respeito da autonomia da vontade das partes, a ilustre Advogada e Membro da Comissão Relatora do Projeto de Lei sobre Arbitragem, DRA. SELMA MARIA FERREIRA LEMES, pontifica que *“o Princípio da Autonomia da Vontade é a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes, desde a faculdade de as partes em um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de conflitos (art. 1º), até como será desenvolvido o procedimento arbitral, no que pertine à forma de indicação dos árbitros (art.13), seja material ou formal, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública (art. 2º, §§ 1º e 2º); se a decisão será de direito ou por equidade (art.2º); eleger a arbitragem institucional (art.5º); prazo para o árbitro proferir a sentença arbitral*

⁵ art. 3º, da Lei 9.307 de 1996 – “ As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

⁶ STF - Tribunal Pleno - Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7 – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Acórdão de 13/06/2002, D.J. de 04/10/2002, Ementário nº 2085-2.

⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Princípios e Origens da Lei de Arbitragem*. AASP/Revista do Advogado nº 51, p. 32.

(arts. 11, Inciso III e 23).”⁷Concluindo que: “O objetivo do princípio da autonomia do pacto arbitral é salvar a cláusula compromissória, para que, em virtude dela, possa se julgar a validade, ou não, do contrato arbitrável.”⁸

Com efeito, cabe esclarecer que, conforme adotado pela lei 9.307/96, artigo 3º, a convenção de arbitragem abrange tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral.

Assim, cabe frisar que a cláusula compromissória ou cláusula arbitral, como também é conhecida, nasce antes do surgimento do conflito, isto é, as partes envolvidas em algum negócio pessoal ou negocial, convencionaem que se ocorrer qualquer impasse ou controvérsia a questão será resolvida pelo procedimento arbitral em detrimento ao Poder Judiciário. Ao passo que, o compromisso arbitral surge apenas quando o conflito já se instaurou e as partes, de comum acordo, resolvem que o impasse será resolvido pela Arbitragem.

1.2 – DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A cláusula compromissória, como já mencionado, é conhecida, também, como cláusula arbitral, entretanto, nesse estudo a identificaremos apenas como cláusula compromissória, conforme é a definição dada pela Lei de Arbitragem.

De acordo com o artigo 4º, da lei 9307/96, cláusula compromissória é “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Entretanto, essa cláusula deve ser estipulada por escrito pelas partes, seja no próprio contrato ou em um adendo.

O texto da lei é claro ao conceituar a cláusula compromissória, todavia, é necessário trazer a luz deste estudo, a definição da melhor doutrina. Assim é que, segundo o ilustre professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO a cláusula compromissória (*pacto de compromittendo*) “constitui apenas parte acessória do contrato constitutivo da obrigação; é a cláusula pela qual as partes, preventivamente, se obrigam a submeter-se à decisão do juízo arbitral, a respeito de qualquer dúvida emergente na execução do contrato.”⁹

Nesse sentido, ensina ALEXANDRE FREITAS CÂMARA que a cláusula compromissória é “um contrato preliminar, ou seja, uma promessa de celebrar o contrato definitivo, que é o compromisso arbitral.”¹⁰. Esclarece, ainda, que essa promessa gera a obrigação de celebrar o compromisso arbitral.

Assim, conclui-se que a cláusula compromissória é o primeiro acordo de vontade das partes, substituindo no contrato a clássica cláusula que designa o Foro Judicial, para que, numa possível e futura controvérsia, o conflito venha a ser dirimido pelo juízo arbitral. Isto é, as partes ao acordarem sobre a cláusula

⁸ Ibidem, p. 33.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, p. 319, v.4.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei nº 9307/96*, p. 28.

compromissória, comprometem-se, em existindo o conflito, a instaurar o compromisso arbitral.

1.2.1 – DA AUTONOMIA DE VONTADE E FORMA ESCRITA

A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, seja no próprio contrato negocial ou em outro documento aditivo. Importante salientar que, uma vez acordada, ela obriga às partes a resolver o conflito através do Juízo Arbitral, por essa razão a Lei exige a manifestação de vontade das partes ao aderirem à cláusula compromissória, sob pena de ser declarada nula.

No contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá validade se a mesma estiver em negrito e conter a assinatura, do aderente, especialmente para essa cláusula, como manifestação de sua vontade em instituir o compromisso arbitral. Esse é o entendimento da Lei¹¹.

Nesse sentido, se posicionou o eminente MINISTRO MAURÍCIO CORREA, ao proferir seu voto em sentença estrangeira contestada nº 6.753-7, oriunda do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte: *“a lei brasileira sobre o tema exige clara manifestação escrita das partes quanto à opção pela jurisdição arbitral (Lei 9.307/96, artigos 3, 4º e 5º). Tanto que nos contratos de adesão requer-se destaque e a assinatura especial na cláusula compromissória e, nos ajustes remissivos não se dispensa que as partes reportem-se expressamente à opção. Não se admite, em consequência, até pela sua excepcionalidade, convenção de arbitragem tácita, implícita e remissiva...”*¹²

1.2.2 – ESPÉCIES DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A respeito da cláusula compromissória é de grande relevância, também, distinguir a cláusula compromissória vazia da cláusula compromissória cheia.

Segundo as melhores doutrinas, as chamadas cláusulas vazias são aquelas que não contemplam os elementos mínimos necessários para instituição da arbitragem¹³, enquanto que, chama-se cheia a cláusula compromissória quando já contém todos os elementos necessários à instauração do processo arbitral¹⁴.

Segundo ensina ALEXANDRE DE FREITAS CÂMARA, essa distinção *“é importante principalmente nos casos em que uma das partes se recuse a, surgindo*

¹¹ art. 4º, §2º, da Lei 9.307 de 1996 – “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

¹² STF - Tribunal Pleno - Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7 – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Acórdão de 13/06/2002, D.J. de 04/10/2002, Ementário nº 2085-2.

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. *A Aspectos Atuais da Arbitragem. Arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei nº 93047/96.* . p. 53.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei nº 9307/96,* p. 34.

o conflito, celebrar o compromisso arbitral. Isto porque sendo cheia a cláusula compromissória, tudo o que ali tenha sido estipulado será obrigatoriamente observado pelo juiz ao proferir a sentença do processo a que se refere o artigo 7º, da Lei de Arbitragem.”¹⁵

1.2.3 – FORÇA OBRIGATÓRIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÁRIA

De acordo com o artigo 8º da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória é independente do contrato negocial, e a nulidade deste não implica a nulidade daquela. Ou seja, é peculiar da cláusula compromissória a autonomia, cuja intenção do legislador foi dar maior segurança às partes que, livre e voluntariamente, acordaram pela instituição do juízo arbitral.

Assim, surgindo o conflito estão as partes obrigadas, por força da cláusula compromissória, a celebrarem o compromisso arbitral. Entretanto, havendo a recusa de qualquer uma das partes em celebrar o compromisso, gera para a outra parte o direito de recorrer à Justiça comum para ver garantido a instauração do procedimento arbitral.¹⁶

Ademais, sendo procedente o pedido de instauração do procedimento arbitral, a sentença judicial valerá como o compromisso arbitral. Esse é o entendimento do § 7º, do artigo 7º, da Lei de Arbitragem.

1.3 – DO COMPROMISSO ARBITRAL

O Compromisso arbitral, como uma segunda espécie da convenção de arbitragem, é a primeira peça onde constam as regras que irão reger o processo arbitral. Ou ainda, o compromisso é o ato instituidor do juízo arbitral.¹⁷

É nesta peça inicial que as partes, criteriosamente, definem todos os aspectos que serão observados no processo arbitral, devendo para tanto, serem observadas as regras dos artigos 10 e 11 da Lei 9.307/96, que tratam das cláusulas obrigatórias e facultativas do compromisso arbitral.

Ademais, ressalte-se que o compromisso arbitral, diferente da cláusula compromissória, é celebrado após o surgimento da controvérsia entre as partes, que submetem esta à decisão de um árbitro.

Conclui-se, portanto, que o compromisso arbitral é a convenção em que, as partes interessadas em resolver a controvérsia existente, renunciam à solução no Judiciário, em favor da arbitragem.

¹⁵ Ididem. p.34

¹⁶ art. 7º, da Lei 9.307 de 1996 – “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer m juízo, a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”

¹⁷ RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Anotação (114) de atualização da obra, por Ovídio Rocha Barros Sandoval, p.792, v.2.

1.3.1 – DO COMPROMISSO ARBITRAL JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

O compromisso arbitral, conforme artigo 9º, da Lei de Arbitragem, pode ser judicial ou extrajudicial.¹⁸

A – DO COMPROMISSO ARBITRAL JUDICIAL

De acordo com a Lei de Arbitragem, há duas hipóteses de compromisso arbitral celebrado em juízo.

A primeira hipótese vem estabelecida no artigo 7º, §§ 1º ao 7º, da lei de arbitragem, e ocorre quando a cláusula compromissória já existe. Ou seja, surgindo o conflito entre as partes esse deveria ser solucionado pela arbitragem, porém, uma das partes impõe resistência para se lavrar o compromisso arbitral, fazendo com que a outra parte ingresse com um processo judicial requerendo o cumprimento da declaração de vontade instituída no contrato (cláusula compromissória), que é de submeter o conflito à apreciação de um árbitro.

A segunda hipótese é tratada pelo §1º do artigo 9º. Ocorre quando as partes, em litígio na justiça comum, decidem optar pela arbitragem, mesmo sem ter combinado, anteriormente, a instituição da cláusula compromissória. As partes, de comum acordo, desistem do processo judicial e lavram o compromisso arbitral, manifestando a vontade de solucionar o conflito através da arbitragem.

B – COMPROMISSO ARBITRAL EXTRAJUDICIAL

O compromisso arbitral extrajudicial vem regulado no § 2º, do artigo 9º. Este compromisso é lavrado quando não foi instituída a cláusula compromissória e, também, não existe demanda ajuizada, mas as partes, voluntariamente, decidem que o conflito existente será submetido à decisão de um árbitro, lavrando-se então o compromisso arbitral. Esse compromisso, de acordo com a lei, pode ser lavrado por escritura pública ou por documento particular, obrigatoriamente, assinado por duas testemunhas.

1.3.2 – DA EXTINÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL

O compromisso arbitral extingue-se nas hipóteses do artigo 12, da Lei de Arbitragem, ou seja, (i) quando qualquer árbitro recusar-se, antes de aceita a nomeação, e as partes terem deliberado que não seria aceito substituto; (ii) quando, também, deliberado, que não seria aceito substituto em caso de falecimento ou impossibilidade do árbitro proferir seu voto; (iii) quando tiver expirado o prazo fixado no compromisso e o árbitro, embora notificado a respeito do prazo de 10 dias para

¹⁸ art. 9º, da Lei 9.307 de 1996 – “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

apresentar a sentença arbitral, não apresente sua decisão.

2. CONCLUSÃO

Diante desse modesto estudo, dos pontos relevantes da convenção de arbitragem – *cláusula compromissória e compromisso arbitral* –, a conclusão a que se chega, é de que:

- a cláusula compromissória poderá ser utilizada antes de surgir à controvérsia;
- a cláusula compromissória poderá ser acordada no momento judicial do negócio principal ou, posteriormente, em um adendo, se assim for a vontade das partes, deixando claro que, essa cláusula refere-se a um conflito futuro e incerto;
- o compromisso arbitral retrata o conflito atual e específico, quando então as partes lavram o compromisso prevendo as regras que serão utilizadas no juízo arbitral e, também, o árbitro regularmente escolhido para solucionar e prolatar a sentença arbitral.

Ressalta-se que esses conceitos dispostos na Lei nº 9.307/96 traduzem hoje, sem dúvida alguma, uma segurança maior ao instituto da arbitragem no Brasil o que, anteriormente, não tínhamos em nosso ordenamento jurídico. Segurança capaz de garantir as partes, que espontânea e consensualmente optaram por esse sistema privado e alternativo ao judiciário, a solução de suas controvérsias através do juízo arbitral.

A arbitragem, como se encontra normalizado hoje, em nosso ordenamento jurídico, reflete a modernidade do mundo globalizado, instituto utilizado por vários países, tais como: Japão e Estados Unidos. Podendo, portanto, afirmar que a arbitragem pode e deve ser utilizada por toda a sociedade brasileira como um instrumento alternativo a Justiça Comum, por ser mais ágil e objetiva na solução dos conflitos que envolvam direito patrimoniais disponíveis.

Alias, cumpre salientar que, a sentença arbitral tem o mesmo efeito da sentença judicial tendo, ainda, algumas peculiaridades mais benéficas, tais como:

- é prolatada por um árbitro escolhido livremente pelas partes;
- não cabe recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário;
- é auto-executável.

Essas peculiaridades demonstram a precisão da nossa Lei de Arbitragem, iniciando, no Brasil, na perspectiva de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, uma nova era, *“era em que o processo jurisdicional fique reservado para aqueles em que nenhuma outra forma de resolução de conflitos foi adequada”*.¹⁹

Por fim, vale transcrever aqui os ensinamentos do ilustre professor VICENTE RÁO, por entender que a Lei de Arbitragem reflete esse pensamento: *“Boa só é a norma que traduz uma aspiração ou uma necessidade reveladas, esta e aquela, pela consciência social e humana e não a que impõe a prática de doutrinas eivadas de mero logicismo”*.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei nº 9307/96*, p. 159.

BIBLIOGRAFIA

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *A arbitragem – Lei nº 9.307/96*, 3ª. ed. rev.amp.e atual., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Brasil no Terceiro ano de vigência da Lei 9.307/96, in Aspectos Atuais da Lei de Arbitragem, (coordenadora: Adriana Noemi Pucci)*, 1ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações 1ª. parte, v.4*, 28ª. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1995.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Princípios e Origens da Lei de Arbitragem*, São Paulo: Revista do Advogado:AASP, outubro de 1997.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos. v.2*, 3ª. ed., anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991

HOMOSSEXUALIDADE; ASPECTOS JURÍDICOS

José Ricardo Rulli¹

INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico desenvolvido tem por intuito, além da reunião de algumas informações sobre a homossexualidade, também identificar os motivos justificadores de tanta discriminação e preconceito em relação aos homossexuais, se é que há motivos que os justifiquem.

A forma como vem sendo tratado o homossexual está causando um alvoroço em nossa sociedade, predominantemente católica, onde notamos uma tendência jurídica reconhecedora de benefícios aos adeptos da prática homossexual, onde afinal, a maior beneficiária é a Democracia, forma de governo adotada pelo nosso país.

Devemos, portanto, nos ater ao processo de evolução que o Direito naturalmente vem sofrendo, em suas diversas áreas;

“O Direito de Família, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. Basta lembrar que o princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais” (DIAS, 2001:79)

A justiça, portanto, deve acompanhar a mutabilidade da vida, primando pela manutenção da Democracia, sem demagogias políticas, sequer sustentações fantasiosas ou utópicas.

Trata-se de uma minoria que não pode ser relegada aos caprichos de uma sociedade preconceituosa e individualista, em que ainda predominam vontades “machistas”, sustentadas pela interferência de doutrinas religiosas.

“O princípio de maioria, ao distinguir a totalidade dos sujeitos à norma em apenas dois grupos - maioria e minoria -, cria a possibilidade de um compromisso, compromisso significa: posposição do que se divide os associandos em benefício

1 Estudante de Direito, 5º ano; Estagiário.

do que os une. Qualquer troca, qualquer concordância é um compromisso, porque compromisso significa tolerância recíproca. E toda integração social, em última análise, só se torna possível em virtude de um compromisso". (KELSEN, 2000:129)

FAMÍLIA; CASAMENTO E HOMOSSEXUALIDADE

FAMÍLIA

"A família precede o Direito e evolui independentemente de sua atualização. Assim, a falta de proteção jurídica a determinadas estruturas familiares demonstra uma postura ideológica conservadora e de exclusão, onde se insiste em manter à margem da sociedade política e juridicamente organizada estruturas familiares psíquica e culturalmente existentes. A realidade das uniões homossexuais é esta: existem enquanto entidade familiar, mas são excluídas de uma participação ativa no processo político-social em que inserem. A família,..., é anterior ao Direito e a sua configuração não pode estar aprisionada nos moldes jurídicos postos em dado momento histórico, com base na ideologia dominante à época. A família é cultural e afetiva, não biológica e sexual" (BRUNET, 2001).

Respeitadas as várias posições, pois, devem sê-las independente de serem favoráveis ou não à criação de um ordenamento específico que ampare de modo mais objetivo as relações homossexuais, não podemos negar que o conceito de família já há muito, não é mais o mesmo.

Originariamente, temos que família seria o correspondente à formação de pai, mãe e filhos, entretanto:

"Outorgando a Constituição Federal proteção à família, independentemente da celebração do casamento, houve a inserção de um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros. Tanto a união estável entre um homem e uma mulher como as relações de um dos ascendentes com sua prole passaram a configurar uma família". (DIAS, 2001:79)

Portanto, a família atual não mais exige a necessidade de haver pai, mãe e filhos, podendo ser constituída entre pai e mãe, pai e filhos, mãe e filhos, ou mesmo apenas entre os filhos. Isso não descaracteriza o vínculo familiar.

Em conseqüência da formação cultural brasileira, existem aquelas hipóteses em que uma criança termina por ser criada por família diversa daquela que a originou, muito comum em nossa sociedade.

Daí notar-se a clareza da mutação do conceito *família*, que não deve ser restrito.

Quando falamos nos homossexuais, qual motivo de forte relevância que os

impediria de formar família? A moral e os bons costumes? Convenhamos, são exigências comumente violadas pelos casais heterossexuais; em suma, o fato de ser hetero ou homossexual não deve ser requisito para se julgar o indivíduo dizendo se ele é ou não moral ou decente.

CASAMENTO

Falar-se em casamento entre homossexuais seria outra conseqüência, se não natural, ao menos lógica.

Se aceitarmos a idéia de que o fim natural do casamento é a legalização das relações sexuais, tendo por base a possibilidade que a lei cria para a anulação do casamento quando o cônjuge descobre que o outro é impotente, qual seria o impedimento para que se regularize as uniões homossexuais?

O impedimento seria a impossibilidade de poder procriar, gerar filhos, sendo que seu requisito fundamental é que a união seja entre homem e mulher. Mas já vimos que atualmente o casamento já não é mais visto como templo de procriação apenas.

Todavia, deve-se tomar muito cuidado, pois, num relacionamento homossexual masculino a impossibilidade de procriação é óbvia, podendo-se, contudo, falar-se na adoção.

Mas, quando falamos em um relacionamento homossexual feminino, os cuidados devem ser redobrados, pois, tratamos de mulheres, e são elas que suportam todo o período de gestação, sendo que, com o avanço da medicina, pode-se falar em várias formas de grávidas, assim sendo a inseminação artificial, que seria o mais prático para nosso exemplo.

Deixe-se bem claro, não se quer induzir aqui ao *casamento homossexual*, de forma banal, o que tentamos demonstrar em nossa monografia, porém, quer-se discutir a possibilidade - que é grande - de se ter por regularizada, através de um ordenamento jurídico próprio, a situação dos homossexuais.

Em resumo, sendo possível falar-se em união homossexual, acreditamos poder se falar também em família homossexual, o que automaticamente geraria uma maior tranqüilidade ao mundo jurídico.

HOMOSSEXUALIDADE

A homossexualidade sempre existiu na história da humanidade, nas civilizações antigas, conhecida e praticada pelos romanos, gregos, egípcios, entre outros povos, relacionava-se à religião e à carreira militar, inclusive.

Sua prática, além de representar virtudes militares, também lhe eram atribuídas características como intelectualidade, estética corporal e ética comportamental, sendo considerada mais nobre que o relacionamento heterossexual.

“A homossexualidade prevista e amplamente inserida nas duas grandes civilizações antigas, cujo pensamento definiu a cultura ocidental, como lembra Ivone Coelho de Souza, representa um estágio de evolução da sexualidade, das funções definidas para os gêneros e para as classes. Na Grécia clássica, o livre exercício da sexualidade, verdadeiro privilégio dos bem-nascidos, fazia parte do cotidiano dos deuses, reis e heróis. O mais famoso casal masculino da mitologia era formado por Zeus e Gamimede. Lendas falam dos amores de Aquiles com Patroclo e dos constantes raptos de jovens por Apolo. (...) O homossexualismo era visto como uma necessidade natural, restringindo-se a ambientes cultos, uma manifestação legítima da libido, não se tratando de uma degradação moral, um acidente, um vício. Todo indivíduo poderia ser ora homossexual ora heterossexual, dois termos, por sinal, desconhecidos na língua grega. Nas Olimpíadas, os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física, e vedada era a presença das mulheres na arena por não terem capacidade para apreciar o belo” (DIAS, 2001:28)

Marcadamente, sua “decadência” iniciou-se com o advento do cristianismo, sendo considerada vício repugnante, inclusive, sendo considerada crime entre os ingleses até a recente década de 60. Nos países islâmicos, ainda hoje, é considerado um tipo delituoso, pois, contrário à religião.

Na revisão do Código Internacional de Doenças, em 1995, o termo homossexualismo deixou de constar dos diagnósticos. O sufixo “ismo”, que significa doença foi substituído pelo sufixo “dade”, que designa modo de ser.

“Os cientistas concluíram que o homossexualismo não podia ser sustentado enquanto diagnóstico médico. Isto porque os transtornos dos homossexuais realmente decorrem muito mais de sua discriminação e repressão social derivados do preconceito do seu desvio sexual. Desde 1991, a Anistia Internacional considera violação aos direitos humanos a proibição da homossexualidade” (BRITO, 2000:46).

O maior preconceito advém das bases religiosas, vários são os projetos e diversas as tentativas de se criar legislação para os homossexuais, porém, os Congressistas enfrentam como maior dificuldade a interferência religiosa, tendo por maior força a Igreja Católica.

“O maior preconceito contra o homossexualismo provém das religiões. Cultura e religião, profundamente entrelaçadas, censuram ao extremo os chamados pecados da carne. (...)”

A Igreja Católica considera o homossexualismo uma verdadeira perversão, uma aberração da natureza. Tem, até hoje, como antinaturais a masturbação e o sexo infértil. Qualquer tipo de relação sexual prazerosa é vista como uma transgressão à ordem natural. O contato sexual é restrito ao casamento e exclusiva-

mente para fins procriativos. Daí a condenação ao homossexualismo, principalmente ao masculino, por haver perda de sêmen, enquanto o relacionamento entre mulheres era considerado mera lascívia, como se a sexualidade desta natureza fosse menos perigosa” (DIAS, 2001:30)

Contudo, mesmo em relação ao cristianismo, não devemos encarar tal posição como absoluta, pois, é sabido que mesmo nos colégios religiosos, há ocorrência de práticas homossexuais.

Vários são os religiosos, entretanto, que possuem entendimento diverso da dogmática adotada pela Igreja, ao menos, uma visão mais flexível, assim a posição do Pe. Victor Hugo Laperta:

“...A homossexualidade não é como uma doença que se pega e da qual se pode ser curado. O homossexual também não é um ser à parte. É apenas um indivíduo que se desenvolveu num contexto e, por isso, sofre uma dificuldade entre as muitas outras que podem afligir um ser humano. Além disso, ele escolhe conscientemente ser masculino ou não. É injusto reprová-lo, ou considerá-lo degenerado e culpado’. (in Família Cristã - p. 52 - 8/1984)” (MARTINELLI, 1999:202).

Dessa forma, de tudo quanto fora exposto até o momento, observa-se que o assunto deve ser muito bem analisado, mais precisamente em relação aos que possuem posicionamento adverso, contrário à regularização dessa situação.

Aos que são favoráveis, esta é uma eterna luta contra o preconceito e a injustiça, visto termos, ainda hoje, discriminações raciais. Absurdo ter que se criar leis que disciplinam cotas para os negros, ou mesmo, ter a mulher, conquistado seu espaço no mercado de trabalho, porém, sofrer, ainda, com desigualdades em relação ao salário, sofrer discriminação pela sua condição de “sexo frágil”.

LEGISLAÇÃO

A Constituição da República de 1988, veda qualquer tipo de discriminação em seu artigo 5º; sendo porém mais específicos, em seu inciso X assegura a liberdade e igualdade, sem distinções, garantindo a inviolabilidade da privacidade e da intimidade.

Já no artigo 226, incluem-se todas as modalidades de família, apesar de definir apenas dois tipos; isto deve-se ao passo de serem as formas mais comuns, mais conhecidas.

Há que se notar, que para a existência de vínculo deve-se observar os pressupostos da afetividade, estabilidade e ostensividade.

Entretanto, vários juristas valem-se da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que disciplina sobre as Sociedades de Fato para conduzirem questões de natureza homossexual, todavia, não podemos negar a existência dos requisitos

anteriormente mencionados e a referida súmula não abrange essas características.

Daí, em dizer que a situação dos homossexuais não pode ser discutida através do Direito de Família devido às circunstâncias que se apresentam, não se pode exigir também que seja amparada somente com base na referida súmula, pois, estritamente de cunho patrimonial.

Em síntese, se não podemos tratar os homossexuais no âmbito de família por ausência de requisitos, também não poderíamos suprir a ausência de um ordenamento específico utilizando tão somente da súmula 380 do STF.

“...resta socialmente equivocada a aplicação de tal súmula, de caráter essencialmente societário, como foi dito, a qualquer relação de cunho, origem, significado ou intenção familiar lícita, simplesmente porque admitir a divisão de patrimônio em comum é apenas dar a cada um o que é seu, e não reconhecer uma entidade familiar, no caso, o que o projeto referido, justamente, pretende”. (PIRES e ALBUQUERQUE, 1999:154)

Há, portanto, a necessidade de se criar um ordenamento jurídico que possa amparar os homossexuais em todas as suas relações, quer aceitemos ou não, pois, essas relações geram situações jurídicas que terminam por envolver toda a sociedade, indistintamente.

ADOÇÃO

Assunto que gera grande discussão é definir se há possibilidades de um casal homossexual poder ou não adotar uma criança.

Em linhas gerais, a adoção é permitida a qualquer pessoa, independente do estado civil à que se encontra.

Resta saber quais as conseqüências para o adotante e o adotado, assim também, para a sociedade de modo geral.

Para a grande maioria, impossível falar-se em adoção por parte de homossexuais, porém, a tendência mostra uma maior flexibilidade quando encontramos alguns casos de adoção que envolvem estas circunstâncias.

Assim decidiu a Nona Câmara Cível do Rio de Janeiro, em Apelação Cível nº 14332/98:

“ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Crian-

ça e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégio religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, **preferência individual constitucionalmente garantida**, não pode servir de empecilho à adoção do menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. *Apelo improvido*". (grifo nosso) (DIAS, 2001:275)

"O fato do guardião ser homossexual não obstaculiza o deferimento da guarda da criança, pois esta medida é de caráter provisório podendo, portanto, ser revogada a qualquer momento diante da constatação de desvirtuamento na formação psicológica do menor". (Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação Cível nº 35466-0/7, Relator: Des. Dirceu de Mello) (DIAS, 2001:272)

Assim é como funciona inclusive em relação ao pátrio poder, pois, havendo maus tratos ou qualquer motivo que justifique a admissão da destituição do pátrio poder, a situação é analisada e adotadas as providências necessárias.

Portanto, quando falamos de adoção, difícil querer impedi-la pelo simples motivo do adotante ser homossexual.

Quais seriam as providências, então, a serem tomadas nos casos em que ocorre uma separação ou divórcio em virtude de se tomar conhecimento que um dos cônjuges é dado à práticas homossexuais.

Se esse casal possui filhos, ocorreria a perda do pátrio poder em virtude da situação apresentada? Absurdo seria admitir essa tese.

Valemo-nos aqui do caso da cantora Cássia Eller, que recentemente faleceu, deixando um menino e, porém, mantinha um relacionamento homossexual. A criança, um menino, "Chicão", vive com a companheira Eugênia, que tem por mãe. Sendo que, anteriormente vivia com as duas, sem apresentar qualquer desvirtuamento em sua formação psicológica.

"O pai de Cássia Eller, Altair Eller, declarou que vai entrar na justiça com um pedido de guarda do neto, Chicão. Segundo ele, o ambiente em que o garoto vive hoje não é o mais adequado ao seu desenvolvimento. O militar aposentado disse que suspeita do uso de drogas na casa de Cássia e Eugênia.

Na semana passada, o juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude concedeu a guarda provisória do garoto para a companheira da cantora, Eugênia. O advogado de Eugênia tinha entrado na justiça com um pedido de tutela do menino, garantindo o direito legal para que ela possa criar Chicão até os 21 anos, além de ficar responsável pelo gerenciamento dos bens que ele herdará da mãe.

A família de Cássia Eller já havia se manifestado publicamente apoiando Eugênia como tutora legal de Francisco. Segundo declarações da irmã de Cássia,

“Eugênia é mãe do garoto”. A mãe e as irmãs de Cássia voltaram a afirmar esta semana sua disposição de ir contra Altair numa possível briga judicial.

As leis brasileiras priorizam a família dos pais para dar a guarda de menores, mas também estabelece que a decisão deve levar em conta o bem-estar da criança em primeiro lugar.” (INTERNET: www.google.com.br, 16/out./02)

Todavia, entendemos que a situação da adoção tem-se por superada, visto como já mencionado anteriormente, é garantido a qualquer indivíduo a possibilidade de adoção, observados os requisitos legais.

Contudo, se aos mais conservadores seria impossível admitir-se a adoção, como proceder nos casos de homossexuais femininos, onde, já mencionamos anteriormente, são elas que suportam todo o período de gestação, daí falarmos em inseminação artificial, fertilização *in vitro*, enfim. O Direito não pode se dar ao luxo, ou capricho de, valendo-se da “moral”, esquivar-se da discussão da relação que vem se impondo em nossa sociedade.

Acreditamos ser urgente a necessidade de se criar uma legislação que trate especificamente da situação dos homossexuais, das relações patrimoniais, da situação da competência jurídica, da filiação, englobando-se aqui tanto adoção como qualquer outra forma de se ter filhos, dessa forma, não apenas os homossexuais estariam sendo amparados pelo poder judiciário, como também, estar-se-ia gerando maior segurança jurídica para toda a sociedade.

CONCLUSÃO

Esperamos que esse trabalho possa contribuir para a ampliação do conhecimento sobre o tema, na tentativa de minimizarmos nossa ignorância sobre a matéria, diminuindo, dessa forma, o preconceito que a cerca, pois, ao nosso entender, não há mistérios, apenas dogmas fundados em preconceitos que terminam por impedir a prática da Democracia.

Do exposto até aqui, notamos que é urgente a necessidade de se criar um ordenamento jurídico específico que trate da situação dos homossexuais, para que se possa evitar maiores conseqüências, assim, garantindo maior segurança jurídica.

O que se pode notar em relação aos homossexuais, traduz-se em uma minoria que sofre com a enorme discriminação, tamanha a desumanidade e o preconceito existente.

Daí, ver-se a necessidade de se proteger esses indivíduos, em criar-se mecanismos para que possam viver de modo condigno, sem que sejam privados de seus direitos mais básicos, que por fim, são os direitos de todos os cidadãos, protegidos pela Constituição Federal.

Nossa intenção seria demonstrar que há possibilidades de se aceitar a união desses indivíduos, criando-se um ordenamento específico que condicione solu-

ções para seus conflitos, pois, trata-se de pessoas que possuem uma determinada característica que as particularizam, como nesse específico caso, sua preferência sexual, que não pode ser critério para que a pessoa tenha sua dignidade violada.

Aos operadores do direito a discussão do tema torna-se de grande importância, pois, com a atenção voltada para a exigência que a área profissional escolhida requer, devemos primar pela preservação e manutenção dos direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento jurídico maior, a Constituição da República.

Buscamos, portanto, opinar de modo favorável sobre a criação de meios alternativos, uma legislação específica para que se possa dirimir conflitos surgidos, ou que possam ser analisados e aprovados os projetos já existentes.

Quando o Poder Judiciário busca proteger o interesse dos seus cidadãos, está valorizando e promovendo a Democracia tão mencionada em nossos textos, parecendo-nos, porém, inadmissível que se possa extraí-la do papel e colocá-la em prática para proteger determinadas situações.

Há que se ressaltar que não se pretende equiparar a homossexualidade com outras modalidades de uniões sexuais, mas se torna necessário, evidente, que seja realizado a regulamentação desse tipo de união sexual, sendo respeitados em suas particularidades.

Dessa forma, deve-se desenvolver projetos, ou melhor, colocar em prática o que já temos, como aprovar o projeto de Lei nº 1.151/95 de autoria da Prefeita de São Paulo, Marta Suplicy.

O grande entrave centra-se na base governista e nas bancadas religiosas, porém, devemos nos ater ao risco dessa discussão. Não se deve permitir que as pretensões sejam impostas à sociedade. Não podemos esperar que os mais conservadores entendam e aceitem pura e simplesmente, sendo contrariados em tudo o que acreditaram e foram educados, pois, já ocorreu uma formação cultural.

Entretanto, não se pode, com esse argumento, pretender também que os homossexuais sejam relegados à marginalidade, sendo privados de seus direitos básicos, tendo por base sua opção sexual.

Enfim, não se deve pretender a imposição, sequer a submissão de qualquer das partes. O que se deve ter por objetivo maior seria a criação de mecanismos que possam dirimir os conflitos oriundos desses relacionamentos.

De acordo com as jurisprudências editadas anteriormente, os Tribunais estão aplicando a lei de modo muito coerente, com muita sensatez. Apesar da grande dificuldade que devem estar enfrentando e do forte preconceito, que com certeza, também sofrem, estes inesquecíveis juristas estão aplicando suas sentenças com a mais digna justiça, pois, do contrário estariam julgando conforme o censo comum, abandonando toda a essência do direito, que seria a promoção da justiça.

Portanto, mais uma vez, esperamos que esse trabalho monográfico possa surtir efeitos positivos aos eventuais leitores, na tentativa poder contribuir para o aumento de nossos conhecimentos, pois, o que é desconhecido aos olhos do homem, o aflige.

BIBLIOGRAFIA

- BRITO**, Fernanda de Almeida. (2000) União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos, São Paulo: LTr;
- BRUNET**, Karina Schuch. Revista Jurídica, nº 281, de março de 2001;
- DIAS**, Maria Berenice. (2001) União Homossexual: O Preconceito & A Justiça, 2ª ed. ver. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado;
- INTERNET**: www.google.com.br: 16/out./02
- KELSEN**, Hans. (2000) A Democracia, 2ª ed., São Paulo; Martins Fontes;
- MARTINELLI**, José Carlos José. (1999) Família & Casamento - crônicas jurídicas; Jundiaí: Editora Literarte;
- PIRES**, Francisco Eduardo Orcioli e **PIZZOLANTE**, Albuquerque. (1999) União Estável no Sistema Jurídico Brasileiro, São Paulo: Atlas.

TRIBUTAÇÃO ECOLÓGICA

Alexandre Barros Castro*

O ICMS – Ecológico é, em verdade, um conceito utilizado para designar a aplicação de critérios ambientais no processo de distribuição de parte do ICMS arrecadado pelo Estado e pertencente aos municípios. É um importantíssimo instrumento de sustentabilidade do uso dos recursos naturais, na medida em que incentiva a implementação de políticas públicas menos degradadoras para o meio ambiente.

Cabe ressaltar ao nobre leitor, pobre contribuinte, já por demais massacrado pela carga tributária avassaladora que se lhe impõe, que o ICMS (Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação) já é imposto existente e cobrado pelos estados de acordo com o que preceitua o inciso II do art. 155 da Constituição Federal. Não se trata, portanto, de um novo tributo ou de elevação do já existente. O que se dá em verdade é apenas e tão somente um novo desenho nos critérios de distribuição da arrecadação do ICMS pago pelo contribuinte e que pertence por imperativo constitucional aos estados membros da Federação.

Nesse diapasão, os principais objetivos do ICMS – Ecológico consistem em oferecer melhoria nas condições de vida e do meio ambiente através de :

- compensação financeira aos municípios que sofrem restrições de uso e ocupação de parte de seus territórios por Unidades de Conservação (fundamentais para a preservação da biodiversidade) e Terras Indígenas (fundamentais para garantir a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas);
- compensação financeira aos municípios que invistam nos seus sistemas de água e esgoto tratados e coleta de lixo com destinação final adequado;
- estimular as Prefeituras a formularem e executarem políticas ambientais; e
- 4) Redistribuir os recursos do ICMS (aos municípios) de forma mais justa e ambientalmente correta.

O ICMS – Ecológico, como instrumento de melhoria nas condições de vida é muito citado em conferências nacionais e internacionais (Rio-92; HABITAT II; Agenda 21 Nacional, etc.) como experiência bem sucedida.

Nesse sentido, cabe anotar que vários estados brasileiros já implantaram o ICMS – Ecológico : Paraná (1991); São Paulo (1993); Minas Gerais (1995); Rondônia (1996); Rio Grande do Sul (1997); Mato Grosso do Sul e Mato Grosso

* Mestre-Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP; graduado em Administração de Empresas com especialização em Finanças Públicas. Ex-presidente e atual vice-presidente do CONSEG e da Academia Jundiense de Letras Jurídicas. Diretor da OAB local. Autor de diversos livros jurídicos. Professor Universitário. Advogado Militante.

(2002).

Outros motivos ainda podem ser apontados para a implantação de ampliação do imposto-verde :

- o ICMS-Ecológico não cria novos impostos, apenas redistribui de forma mais justa a renda entre os municípios;
- traz uma compensação financeira aos municípios que possuem unidades de conservação/terras indígenas em seus territórios;
- o ICMS-Ecológico distribui recursos aos municípios que ofereçam sistemas de água, lixo e esgoto sanitário tratados à sua população;
- estimula as Prefeituras a formularem e executarem políticas ambientais;
- o ICMS-Ecológico se preocupa com a qualidade de vida e a prevenção de doenças, através dos critérios água, esgoto e lixo;

visa a melhora das condições de saúde e educação dos municípios;

reduz a concentração de renda, cumprindo o principal papel da tributação;

8) O ICMS-Ecológico, em pouco tempo de vigência irá beneficiar todos os municípios do Estado.

Se desejamos, no futuro, uma sociedade mais justa e em harmonia com o meio ambiente não se pode deixar de somar esforços na implantação de práticas bem sucedidas. É responsabilidade de todos buscar os meios para preservação do meio ambiente e a melhoria das condições de vida dos cidadãos e cidadãs.

Há pouco tempo, estive proferindo palestras no Estado do Mato Grosso, a convite da Faculdade de Direito da Universidade Federal daquele Estado e da Secretaria de Fazenda Matogrossense e pude constatar a utilidade do ICMS em questão. Lá, há dois critérios para a distribuição do arrecadado: critério "unidades de conservação das terras indígenas", pelo qual são distribuídos 5% do ICMS para os municípios que tenham cedido parte de sua área para implantação de áreas de proteção ambiental (APA), parques, estações ecológicas, ou para terras indígenas; e critério "saneamento ambiental" pelo qual são distribuídos 2% do ICMS aos municípios que implantarem programas e projetos para melhoria da qualidade de água, coleta de lixo e de esgoto sanitário, ou seja, destina-se aos municípios que atenderem satisfatoriamente a oferta desses serviços, recebendo em decorrência compensação financeira proporcional aos domicílios atendidos por aqueles serviços básicos.

O Estado de São Paulo, ainda de forma acanhada, tem buscado implementar o seu ICMS – Ecológico, que foi instituído por lei estadual em dezembro de 1993 e consiste na destinação de 0,5% da parcela arrecadada daquele tributo como cota dos municípios.

Por aqui os benefícios são calculados de acordo com as áreas ambientais legalmente protegidas, pertencentes às cidades paulistanas em relação ao total existente no Estado.

Neste ano, nove municípios do Estado de São Paulo receberam repasses do ICMS – Ecológico. As maiores beneficiadas desta feita foram Ubatuba, com aproxi-

madamente R\$ 1.400.000,00 e Caraguatatuba com cerca de R\$ 1.060.000,00, ambas no litoral norte do Estado, face ao belo trabalho desenvolvido no sentido de preservar o Parque Estadual da Serra do Mar, localizado no território daqueles municípios. As demais cidades localizam-se, em sua maior parte, na região do Vale do Ribeira, recebendo cada uma, quantias superiores a R\$ 1.000.000,00.

Como sabemos, o grande e quiçá único objetivo da tributação é distribuir riquezas, tirando de quem tem mais e repassando para os que têm menos; seja mediante prestação de serviços ou construção de equipamentos públicos que venham a suprir as carências sociais dos menos favorecidos economicamente.

Não há dúvida que esta distribuição financeira relativa ao ICMS – Ecológico deve ter seu estudo mais aprofundado, mas a experiência tem sido proveitosa nos Estados que o implantaram. São Paulo ainda engatinha no tema, tendo uma atuação muito tímida e limitada em face da importância do Estado na Federação e sobretudo pelos graves problemas ecológicos que temos.

Fica aqui lançado o tema, por certo a ele voltaremos, desde já pontuando que nosso município tem um patrimônio incalculável, a Serra do Japi, razão pela qual o assunto nos cativa ainda mais.

Para finalizar à guisa de promover a reflexão de todos, vale relembrar os dizeres do preâmbulo da Carta da Terra : “... *devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz...*”. O ICMS – Ecológico, a nosso ver, consubstancia um primeiro passo nessa direção.

A MEDIDA PROVISÓRIA E SEU USO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Marco Aurélio Ferrari Barro dos Santos*

1. INTRODUÇÃO :

A história consagrou, desde os primórdios do Império, a separação de poderes que se estendeu até as Constituições Republicanas, inauguradas em 1891, de forma harmônica e independente.

Com as modernas Constituições, criaram-se mecanismos capazes de ultrapassar as barreiras impostas pela divisão de poderes, permitindo que outras esferas do Poder Estatal possam emitir atos que, apesar de serem distintos da lei, têm a força e o valor desta.

No Brasil, esse mecanismo recebe o nome de MEDIDA PROVISÓRIA, tendo como origem e antecessor o decreto-lei (Carta de 1937, Carta outorgada de 1967 e Emenda 01/69).

A medida provisória foi idealizada pelo constituinte para substituir os pretéritos decretos-lei, mas sem a força daqueles diplomas criados pela Constituição anterior, diferindo deles por não se admitir sua aprovação pelo decurso de prazo, pois, ao revés, essa perde sua eficácia a partir de sua publicação, caso não venha a ser transformada em lei, no prazo de trinta dias. Além disso, outro ponto que as distingue é o fato de que o decreto-lei tinha sua matéria restrita o que não ocorre com a medida provisória.

A edição da Medida Provisória é chefiada ao Poder Executivo de modo a atender situações de emergência.

Art. 62 - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único - As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Importante salientar que a medida provisória não é lei. Tem FORÇA DE LEI. Seus efeitos gozam da impositividade, aderência e coerção obrigatória que são

* Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá. Monografia apresentada e defendida na data de 24 de maio de 2001. Professor orientador Dr. Alexandre Barros Castro. Banca examinadora: Prof. Dr. Gustavo Leopoldo Caserta Maryssael de Campos e Prof. Dr. Olavo França

próprias de lei, sem com isso poder ser com ela confundida. Ela não é expedida, é adotada.

O Presidente da República, ao editar a medida provisória como antes o decreto-lei, cria a lei material, de forma primária, submetida ao controle parlamentar, derivado do poder de legislar que lhe fornece a Constituição e que se não confunde com a delegação de poderes ou legislativa.

2. ORIGEM DA MEDIDA PROVISÓRIA

A fonte inspiradora do instituto da medida provisória no Brasil foi o modelo constitucional democrático italiano dos *provvedimenti provvisori com forza di legge* (Constituição da Itália - artigo 77 - 27.12.1947).

Inegável que a medida provisória, prevista no artigo 62 e parágrafo único da Constituição brasileira de 1988 têm raízes no Direito Constitucional Italiano. Existem, contudo, duas diferenças básicas entre os dois modelos. Uma reside no fundamento e a outra na iniciativa. Na primeira hipótese, cumpre observar que os *provvedimenti provvisori* do texto constitucional italiano são autorizados em caso extraordinário de necessidade e de urgência, ao passo que as nossas medidas provisórias pressupõem caso de relevância e urgência, refletindo redação mais branda na sua primeira parte. Já a diferença decorrente da iniciativa assenta-se nas peculiaridades próprias que separam o sistema parlamentarista do sistema presidencial de governo. Na Itália, os *provvedimenti provvisori* são de iniciativa do Governo, exercido pelo Conselho de Ministros. No modelo brasileiro, a iniciativa de expedição de medida provisória é exclusiva do Presidente da República, a quem cabe, isoladamente, firmar juízo a respeito de sua relevância e urgência, no exercício de sua competência privativa.

3. NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Como são atos do Poder Executivo, de forte conteúdo político, quer-se dar uma natureza política, ocorre que a medida provisória tem nascedouro constitucional, portanto, tem natureza jurídico-constitucional.

A principal consequência dessa natureza jurídico-constitucional é a possibilidade de limites e de controle, esse controle exercido pelo Congresso Nacional, quando aprova ou rejeita a medida provisória fazendo o que se denomina de controle de constitucionalidade político, principalmente em torno da eficácia, da conveniência e da oportunidade da medida, assim como também pode fazer uma modificação no seu conteúdo.

No entanto, a última palavra acerca da constitucionalidade de atos normativos, sejam emanados do Legislativo, sejam do Executivo, compete ao Judiciário, espe-

cificamente ao Supremo Tribunal Federal.

Compete ao Judiciário o controle formal de edição de medida provisória, concernente aos procedimentos que devem ser adotados e o controle material de constitucionalidade, quanto ao conteúdo mesmo da medida, se atenta, ou não, contra o sentido das normas constitucionais, e quanto aos pressupostos de relevância e urgência, se os fatos ensejados da edição estão contidos naquele pressuposto.

4. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA MEDIDA PROVISÓRIA

4.1 RELEVÂNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA

A Constituição Federal traz, como primeiro pressuposto para o exercício da competência normativa do Presidente da República para adotar medida provisória, a existência de uma circunstância de relevância. Porém, a que “caso” se refere o texto constitucional ? Seria um caso cuidado e a ser solucionado com a adoção da medida normativa ou de uma matéria a ser objeto deste ato normativo a solucionar um caso pendente na sociedade ? Ou ainda, significaria que havendo uma necessidade inflexível emergente na sociedade e que reclama um comportamento para a solução ?

A adoção das medidas provisórias se cogita quando se configurar uma circunstância constatada como de necessidade inevitável na sociedade a ser objeto de um cuidado normativo.

4.2 URGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Como pressuposto para o exercício válido e legítimo da competência posta no artigo 62 da Constituição Federal, a necessidade social inevitável deve ser urgente e demandar uma imediata resposta por meio de adoção da medida normativa presidencial. Ou seja, se o cuidado normativo de uma determinada matéria a incidir sobre uma circunstância social puder aguardar pelo menos o prazo mínimo para a tramitação urgente de um projeto de lei (hoje fixado em quarenta e cinco dias), é evidente não se poder fazer uso do instituto da medida provisória por carência de um dos seus pressupostos.

4.3 PROVISORIEDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA

Pressuposto forma procedimental é a provisoriedade a medida adotada. Não se podem adotar medidas cujos efeitos são impossíveis de serem desfeitos, quer porque o objeto que cuidam se submetem à destruição com a sua vigência, quer porque a condição jurídica por elas constituída pode conduzir a uma definitividade de situações decorrente da própria função do Direito de produzir a segurança jurídi-

ca e não de subsidiar a desordem e o caos.

4.4 OBJETO DA MEDIDA PROVISÓRIA

Somente as matérias que não dependerem de leis especialmente definidas ou que não tiverem sido objeto de proibição constitucional expressa poderão ser cogitadas como possíveis de serem tratadas em medida provisória.

5. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA

As expressões “relevância” e “urgência” por um lado foram extraídas da linguagem comum e inseridas em um texto legal, por outro lado revestem-se de grande importância para esclarecer em que situações o Chefe do Poder Executivo poderá utilizar-se das medidas provisórias.

Juridicamente, a justificativa da urgência provém, não somente da necessidade de feitura das coisas, como do receio, ou temor, de que qualquer demora, ou tardança possa trazer prejuízos.

O reconhecimento da urgência, em regra, estabelece a preferência em relação à coisa, ou ao fato, para que seja feita, ou executada, em primeiro lugar e com maior brevidade, dispensando-se mesmo, em certos casos, o cumprimento de certas formalidades próprias do processo legislativo ordinário.

De acordo com Roque Antônio Carrazza, podemos concluir “que só há urgência, a autorizar a edição de medidas provisórias, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e iniludíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada, por meio de lei ordinária”.

Logo, em nosso direito positivo, só há urgência se realmente não se puder aguardar 45 dias para que uma lei ordinária venha a ser aprovada, regulando o assunto.

6. ADMISSIBILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA PELO CONGRESSO NACIONAL

A Comissão Mista, designada pelo Presidente do Congresso Nacional, será a responsável pela admissibilidade total ou parcial da medida provisória, tomando como base os pressupostos da urgência e relevância.

O Plenário, ao examiná-la, mandará arquivar, se esta for tida como rejeitada, devendo o Presidente do Congresso Nacional baixar ato, declarando-a insubsistente, o que será comunicado ao Presidente da República. Neste caso, a Comissão elaborará projeto de decreto legislativo, para disciplinar as relações jurídicas decorren-

tes da vigência da medida cuja tramitação se iniciará na Câmara dos Deputados.

Se a medida provisória for admitida, vencida a barreira inicial, a Comissão tem o prazo máximo de quinze dias, para dar parecer, sobre os aspectos constitucional e mérito. O parecer poderá sugerir a aprovação total ou parcial ou até a alteração da medida (proibida no direito anterior), bem como aprovação ou rejeição da emenda.

A comissão deverá apresentar projeto de lei de conversão relativo à matéria e projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados.

Entretanto, não pode o Legislativo sustar a tramitação da medida provisória, qualquer que seja o pretexto. Essa a orientação seguida pelo Congresso Nacional, como também não pode devolver ao Presidente da República, para sanção, o projeto sem que o Congresso Nacional o aprove.

7. REEDIÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A inconstitucionalidade da reedição de medidas provisórias é tese defendida por muitos, mas que restou vencida no embate travado no Supremo Tribunal Federal.

Para os contrários à reedição, um dos argumentos é a vedação expressa no artigo 67 da Constituição Federal, que proíbe a reapresentação na mesma sessão legislativa de projeto de lei rejeitado, salvo mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das casas do Congresso Nacional. Outro argumento é o de que a reedição é um desrespeito à Constituição que fixou o prazo improrrogável de 30 dias para a vigência do provimento condicional.

No entanto, a tese sustentada pelo Supremo Tribunal Federal é a da admissibilidade da reedição, nada tendo que se opor se extinguiu-se pelo decurso do prazo, sem manifestação parlamentar. Não obstante, se a medida provisória foi recusada, pelo Congresso Nacional, entende-se não haver razão suficiente para renová-la, visto que o Legislativo expressou claramente sua intenção.

8. EMENDAS AO TEXTO DA MEDIDA PROVISÓRIA

A emenda à medida provisória é aceita sem discrepância. A Constituição não proíbe, o artigo 62 é omissivo a esse respeito, ao contrário do que ocorria no Direito Constitucional anterior, representando notável progresso, permitindo a associação harmônica entre os dois Poderes.

Porém, as emendas aditivas têm um limite : devem girar em torno de assuntos contidos, de algum modo, na medida provisória.

9. EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA : EFEITO EX TUNC

A medida provisória é um ato legislativo constitucionalmente delegado, com força de lei, que deve se transformar em lei própria ou deve ser desconstituído, com o que, a disciplina jurídica a ser veiculada por lei complementar, está vinculada ao inciso II do artigo 59.

A medida provisória tem vida efêmera, já que caduca em, no máximo, 30 dias. Como se isto não bastasse, se neste exíguo prazo não for convertida em lei, perde eficácia *ab initio*. Em outras palavras, a rejeição da medida provisória opera efeito *ex tunc*, isto é, faz com que este ato normativo caia por terra, e, com ele, todos os efeitos que eventualmente produziu.

10. ADMISSIBILIDADE DO USO DA MEDIDA PROVISÓRIA PARA INSTITUIR OU MAJORAR TRIBUTOS - CORRENTE FAVORÁVEL

Quando o art. 150, inciso I da Constituição Federal, solicita a lei, como garantia absoluta para instituir ou aumentar tributo, não afastou a medida provisória porque esta constitui uma exceção constitucional, que será utilizada apenas nos casos em que há expressa autorização : urgência e relevância. São as únicas condicionantes.

Vittorio Cassone sustenta que as medidas provisórias não têm limites de abrangência, observados os dois requisitos constitucionais, porque representam instrumento necessário e indispensável para resolver, de imediato, casos de relevância e urgência que raras vezes se apresentam e que o Presidente da República poderá adotar.

A medida provisória, desde que convertida em lei, pelo Congresso Nacional, é instrumento hábil para criar ou extinguir tributos.

11. INADMISSIBILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA PARA INSTITUIR OU MAJORAR TRIBUTOS

As restrições para os que são contrários ao uso da medida provisória para instituir ou majorar tributos são :

- a medida provisória tem “força de lei”, mas com ela não se confunde;
- o princípio da legalidade, princípio constitucional tributário, restringe a instituição e majoração de tributo à lei propriamente dita;
- o princípio da anterioridade, característica básica da lei tributária, é totalmente incompatível com qualquer noção de urgência e relevância em matéria de instituição e majoração de tributos.

- o princípio da segurança jurídica , determina que cada ato concreto da Fazenda Pública, que reconheça a existência de um tributo, encontre respaldo em uma lei ordinária.

Tais fatores demonstram, de forma inquestionável, serem as medidas provisórias absolutamente inconciliáveis com a matéria tributária.

12. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINGIDOS PELO REGIME DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

12.1 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Esse princípio determina que cada ato concreto da Fazenda Pública, que reconheça a existência de um tributo, encontre respaldo numa lei ordinária. É necessário, ainda, que esta lei valha para todos, igualmente, de acordo com o princípio da isonomia. Exige-se, pois, que os contribuintes tenham condições de antecipar objetivamente seus direitos e deveres tributários, os quais só podem surgir de lei, igual para todos e irretroativa

Impõe, que os contribuintes possam, a qualquer momento, postular a tutela do Poder Judiciário, para que este Poder decida, de forma imparcial, sobre a constitucionalidade ou legalidade das exigências do Fisco.

Este princípio ajuda a promover os valores supremos da sociedade, inspirando a edição e a boa aplicação das lei, dos decretos, das portarias, das sentenças, dos atos administrativos e outros.

12.2. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE

Este princípio não é exclusivo da esfera tributária pois se projeta sobre todos os domínios do Direito e está enunciado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal : “Art. 5º (...) : II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Neste dispositivo, contido no rol dos direitos individuais, encontra-se formulado o conceito da liberdade. Esta liberdade consiste, de modo geral, no fato de a atividade dos indivíduos não poder encontrar outro óbice além do contido na lei. É a doutrina que já estava embutida na “Declaração de Direitos de 1789”:

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal encerra, pois, um dogma fundamental, que impede que o Estado aja com arbítrio em sua relações com o indivíduo, que, afinal, tem o direito de fazer tudo quanto a lei não lhe proíbe, nos termos do clássico brocardo : *cuique facere licet nisi quid iure prohibetur* (“É permitido a cada um fazer o que a lei (o direito) não proíbe”). Diferentemente, a Administração só pode fazer o que a lei lhe determina (princípio da conformidade com as normas legais).

Hoje, esse princípio preside a política de incentivos fiscais, a concessão e revogação de isenção, de remissão e de anistia.

12.3 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

O princípio da anterioridade é especificamente tributário, já que se projeta, apenas, no campo da tributação (federal, estadual, municipal e distrital).

Este princípio está contido no artigo 150, inciso III, letra “b” da Constituição Federal :

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

III - cobrar tributos (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

Ao consagrar tal princípio, a Constituição Federal termina por adiar a eficácia das lei tributárias (ordinárias ou complementares) que criam ou majoram tributos. Desta forma, os atos de cobrança de tais tributos só poderão ocorrer a partir do exercício seguinte à publicação da lei que instituiu ou majorou. O contrário se dá com as medidas provisórias, antes mesmo de se converterem em lei já têm eficácia. Isto porque a Constituição lhes antecipa a eficácia, consentindo na aplicabilidade imediata e prévia à própria existência da lei.

Logo, em 31 de dezembro de cada exercício, o Estado esgota seu poder tributário em potencial para criar ou aumentar tributos a serem cobrados a partir do primeiro dia do exercício seguinte.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Zileida de Vasconcelos, *A reedição da Medida Provisória*, {on line}

[http : //www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), novembro de 2000.

CARRAZA, Roque Antonio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 13ª edição, Editora Malheiros, São Paulo - SP, 1999.

CASTRO, Alexandre Barros, *Tributos x Medidas Provisórias no Direito Brasileiro*, Editora Carthago e Forte, São Paulo - SP, 1992.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, São Paulo - SP, 1998.

FABRIS, Sérgio Antônio, *Medida Provisória na Constituição de 1988*, Editora Editor, Porto Alegre - RS, 1997.

GOMES, Lúcia Helena de Andrade, *Como preparar sua Monografia Jurídica*, Editora Literarte, Jundiaí - SP, 1999.

GOMES, Luiz Flávio, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*, Editora Revista dos Tribunais, volume 2, São Paulo - SP, 1999.

HARADA, Kiyoshi, *Direito Financeiro e Tributário*, 4ª Edição, Editora Atlas, São Paulo - SP, 1998.

JUIS, *Jurisprudência Informatizada Saraiva nº 08* - CD ROM.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *Medida Provisória*, Trechos da Palestra pronunciada no I Forum Nacional de Debates sobre o poder judiciário, Minas Gerais, 1997.

RT - Revista dos Tribunais, volume 713, p. 41, março de 1995.

RT - Revista dos Tribunais, volume 726, p. 285, abril de 1996.

RTJE - Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, volume 104, setembro de 1992

RTJE - Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, volume 75, abril de 1990

VALLE, Gabriel, *Dicionário de Expressões Jurídicas Latim - Português*, Editora Copola, Campinas - SP, 1998.

SOBERANIA ESTATAL

Ricardo Rodrigues Gama*

1. CONCEITO

O emprego da soberania, para expressar o patriotismo ou servir de base para a implantação de sentimento nacionalista, tem incentivado as especulações acerca do tema. Na atualidade, muito se houve dizer sobre a soberania, principalmente em época de campanha política ou da iminência da assinatura de um tratado internacional de grande repercussão para o Brasil. Na maioria das vezes, pessoas desqualificadas fazem colocações absurdas sobre o tema, geralmente buscando precisar os seus limites e a legitimidade.

Nos limites da soberania, uma gama de assuntos poderia ser debatida, como se ela seria exercida somente nas suas relações com os seus nacionais, excluindo-se os estrangeiros, ou se incluiria estes. Outra matéria que vai requerer esclarecimentos em excesso será o desdobramento da soberania em interna e externa; a análise bem detalhada vai evitar conflitos desnecessários sobre questões que, na verdade, são mais bem resolvidas com alterações terminológicas.

E ainda cumpre indagar se as ações decorrentes da soberania poderiam transpor o nosso território, avançando sobre território de outro estado. Nessa questão, não se pode negar que a legislação pode atingir pessoas que não estejam mais no território brasileiro; ao lado disso, o ato de governo pode gerar efeitos além das fronteiras brasileiras, bom como a decisão judicial pode ser cumprida em por outro estado em seu território. Assim, como exemplo desse reflexo da norma brasileira ou por força dela, o brasileiro que adquirir a nacionalidade de outro estado de forma voluntária, perde a nacionalidade brasileira; essa hipótese recebe tratamento constitucional, aliás, é o § 4º, inc. II, do art. 12, da Constituição Federal que impõe tal perda¹. A representação diplomática e consular mostra bem os atos do executivo brasileiro gerando efeitos em território de outro estado. Acerca do Poder Judiciário, as cartas rogatórias cumpridas em outros estados bem como as sentenças lá executadas são exemplos evidentes do exercício da soberania fora do nosso âmbito territorial. Observe-se que os tratados internacionais são essenciais para a extensão da soberania de um estado sobre o território alheio.

*Professor da Faculdade Padre Anchieta de Jundiaí, Mestre pela PUC de Campinas e Advogado.

¹ Tratamos do assunto de forma mais ampla no nosso livro *Introdução ao Direito Internacional*, Cap. VII.

2. DEFINIÇÃO

A lição de Yves Simon² apresenta-se como preciosa sobre a soberania, pois chama a atenção para os estudos já realizados, os quais partiam de teses filosóficas e nelas persistiam, sem oferecer nada de substancial.

A soberania deve ser tomada como o poder exercido de forma incontestável e ilimitada sobre o território estatal.

3. ETIMOLOGIA DA PALAVRA

Os antigos filósofos não detectaram a soberania em meio aos grandes impérios, dada a concentração de poderes nas mãos do rei ou do imperador, não despertando a palavra os sentidos que têm em tempos atuais. A palavra soberania constitui uma derivação da expressão latina *superanus*, entendida como super, superior, sobre, suprema.

4. DENOMINAÇÃO

A expressão soberania foi empregada por Jean Bodin pela primeira vez e isso se deu na sua obra denominada de República, de 1577, sendo ela tomada como um poder absoluto e perpétuo³. Incomum é encontrar a soberania recebendo outra denominação, mas alguns a chamam de poder supremo, *imperium*, *summa potestas*, *suprema potestas*, *supremitas* e supremacia do governo.

5. NATUREZA

A soberania pode ser apontada como parte de vários institutos jurídicos, como a capacidade jurídica do estado, a faculdade de mando, a qualidade do poder estatal ou, simplesmente, a autoridade.

Ao traçar um comparativo com a pessoa natural, constata-se que ela conta com um poder de determinação muito evoluído, podendo praticar todo e qualquer ato que tiver vontade. Com a pessoa jurídica comum, a capacidade não autoriza a prática de qualquer ato, pois ela sempre vai estar presa ao seu representante, o qual age em seu nome. E é com tranqüilidade que se conclui que a soberania não pode ser tomada como a capacidade jurídica do estado.

Na faculdade de mando, extrai-se que o exercício do poder estatal estaria ligado à vontade da pessoa humana, quando, na verdade, decorre sempre de norma incluída no sistema jurídico após a sua positivação. Nesse sentido, é preciso ficar claro que a soberania não é exercida de forma arbitrária, mas com o cumprimento de cada função por um dos poderes, permitindo que se dê a independência de

² Filosofia do Governo Democrático, p. 143.

³ Alexandre Groppali, Doutrina do Estado, p. 127.

todos.

O vocábulo autoridade encontra muitos significados na esfera jurídica, podendo indicar a competência para praticar o ato até o próprio agente público, devendo ser afastada da idéia de soberania.

Por derradeiro, a soberania apresenta-se mesmo como uma qualidade do poder, revelada pela ilimitação e incontestabilidade.

6. CARACTERÍSTICAS

Em princípio, pode-se afirmar que a soberania apresenta-se como ilimitada, incontestável, una, indivisível, imprescritível, inalienável e originária.

A ilimitação da soberania não quer dizer que ela goze de plenitude em todos os planos ou que seja absoluta, mas que atua sobre imensa esfera do poder, qualificando-o. Internamente, o estado não pode avançar sobre os direitos e garantias asseguradas pela Constituição Federal, pois, se o fizer, estará transbordando os seus lindes de atuação. No exterior, o estado relaciona-se com os demais estados, organizações e entes beligerantes, contido sempre pelos direitos destes entes.

No âmbito de suas competências, os três poderes atuam sem serem passíveis de contestação de seus atos. Assim, não há como: a) evitar a incidência da lei aprovada pelas duas casas legislativas; b) desatender ao ato de desapropriação do executivo; c) descumprir o conteúdo de ordem judicial.

Acerca da soberania ser una, frise-se que não pode subsistir duas soberanias num só estado. Se se admitisse a repartição da soberania, coexistiriam poderes iguais e eles não conseguiriam superar os seus conflitos internos. Além de não funcionar em duas soberanias num mesmo território, não pode haver poder superior ao do estado, conduzindo à afirmação de que não há poder superior ao estatal qualificado pela soberania.

Na indivisão, apesar de muitas atribuições serem delegadas aos agentes públicos, a soberania não se transfere e, por conseqüência, não se divide. É de se observar que não há como dividir um poder sem destruí-lo⁴. Na clássica separação de poderes, intitulada de divisão por alguns teóricos, mantém-se a indivisibilidade pelo fato de as funções serem preestabelecidas, resultando numa divisão de competências. O poder legislativo desenvolve suas funções, exercendo a soberania na esfera de sua competência; o mesmo se dá com o poder executivo e judiciário.

Os efeitos do tempo não alcançam a soberania, não se dando o fenômeno da prescrição e, muito menos, da decadência. Aliás, a idéia de soberania traz consigo a eternidade, não sofrendo com os efeitos do tempo até pela sua condição de qualificadora do poder. Momento oportuno para dizer que, apesar de não estar ligada ao tempo, mas a geração de efeitos, a soberania não pode ser tomada como

⁴ Funk-Brentano, *La Politique: Principes, Critiques, Réformes*, p. 63.

inválida, seja pela nulidade ou anulação.

Na inalienabilidade da soberania, sem exceções, não se permite a sua transferência por qualquer motivo; sendo assim, a soberania não pode ser cedida, vendida ou trocada. Em decorrência da impossibilidade de transferência, constata-se que a soberania não pode nem mesmo ser delegada. Por outro lado, revela-se aqui a vontade, seja ela divina ou popular, expressada pela soberania numa marcha coerente com o momento histórico vivido pelo estado. E, por conseqüência, se a soberania for transferida a outro estado ou na formação de um novo estado, há o desaparecimento do ente estatal.

O nascimento do estado contemporaniza com o da soberania, atribuindo a esta a característica originária.⁵ Da mesma forma, a extinção do estado acarreta o fim da soberania.

7. LEGITIMIDADE

No passado, deformando a noção rudimentar de soberania que já vinha dos gregos, as teses sobre a soberania justificavam a concentração de poderes com um pequeno grupo, posicionamento insustentável em nossos dias. Pela moderna separação de poderes, a soberania é exercida pelos membros dos três poderes, numa divisão de funções especificadora da natureza dos atos do legislativo, executivo e judiciário.

Mas, poder-se-ia questionar sob outro prisma, o da obediência do indivíduo a estes poderes. Não há somente que se questionar quais seriam os motivos alicerçadores de tal submissão ou uma razão da concentração de poderes, mas as conseqüências das atitudes dos governados. Antes de mais nada, a obediência funciona como mantenedora da existência do estado organizado; é que os indivíduos curvam-se perante o estado para preservar os direitos de cada um dos componentes do grupo e da coletividade.

Ao elaborar o corpo de normas do estado e continuar regulamentando as condutas, o legislativo atua soberanamente sem concorrência alguma, seja com os demais poderes ou com os estados estrangeiros.

Como o executivo atua como governo e como centro administrativo, destaque-se que se imprime a soberania somente na atuação governativa. Ampliando a precisão da explicação e o seu entendimento, apenas o ato de governo expressa o poder estatal com qualidade soberana.

No judiciário, os atos do juiz durante o processo são revestidos pela soberania, culminando na decisão que a expressa com mais exatidão. Em complemento à sentença, a possibilidade de imposição de sanção, seja impondo pena sobre a pessoa do condenado ou seu patrimônio, deixa bem clara a manifestação da soberania.

⁵ A base da originalidade foi ressaltada por Marco Tullio Zanzucchi, citado por Dalmo de Abreu Dallari (Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 81).

8. REPRESENTAÇÃO E POVO

Como já se disse alhures, a legitimidade da soberania está com os exercentes dos poderes estatais, os quais a exercem com a separação de funções.

A representação pode servir de base para se afirmar que o povo é quem exerce a soberania, mas, além de se tratar de uma abstração, tal colocação mostra-se irreal. Ora, quem decide não é o povo e, ainda que se alegue o sistema representativo, os seus representantes podem destoar da maioria das pessoas componentes daquele.

No geral, diante da impossibilidade de reuniões populares para a tomada de decisões pelo povo, a representação reflete o ideal da maioria e, mesmo de pois de elaborada a lei, por exemplo, se a vontade popular repudiá-la, os representantes passam a sofrer pressão para atender aos reclamos do povo.

Nota-se que o sistema revela-se muito mais complexo do que as simples assembléias populares decidindo o rumo a ser tomado diante de cada situação emergente.

9. HISTÓRICO

Frente a rudimentar estrutura estatal e a escassez de relações entre os estados antigos, os registros históricos da soberania não protraem no tempo de forma indiscriminada, pois basta registrar que os gregos e os romanos não conheceram a idéia de soberania.

Em análise histórica sem profundidade, constata-se que a soberania foi so-bejamente utilizada para explicar momentos políticos de grande expressão. É que os estudiosos desenvolviam suas teses para justificar a concentração de poderes nas mãos do tirano ou de pequeno grupo; com suposições, num raciocínio com lógica aparente, reconheceu-se o absolutismo inglês do rei Jaime e a monarquia do francês Luís XIV, superados pela tese sustentadora dos ideais da burguesia francesa e dos colonos americanos⁶. Com bastante precisão, era a soberania atendendo aos interesses dos governos.

Inicialmente, a soberania era concebida como o poder emanado de Deus, ou seja, em decorrência do direito divino, o exercente do poder corporificava a teocracia. Há duas situações distintas aqui: a) a sucessão do poder; b) a designação do governante. No primeiro caso, o primeiro rei recebeu os poderes de Deus e o transfere aos seus sucessores; na atualidade, com a evidente redução drástica de poderes, isso ocorre com a família real britânica, a espanhola, a japonesa... Na designação do governante, Deus trata de escolher o novo governo, como se dá com o papa do Vaticano ainda nos nossos dias.

Os conflito entre as colônias americanas e a Grã-Bretanha, contemporanizada

⁶ Yves Simon, *Filosofia do Governo Democrático*, p. 143.

pelo choque entre o poder consolidado pelo clero e nobres com a tentativa de ascendência dos burgueses franceses, permitiu um avanço considerável na noção de soberania, partindo da democracia. Mas foi com a Revolução Francesa, em 1789 que ficou evidenciado que o poder decorria do próprio povo, pois o governante devia executar os propósitos deste.

10. EXTERIORIZAÇÃO

A soberania se faz sentir pelos efeitos gerados pelos atos praticados por um dos três poderes. Contando com a ilimitação e a incontestabilidade, o ato gerado pelo poder estatal apresenta-se como supremo, exteriorizando a soberania.

11. JUSTIFICAÇÃO

A soberania encontraria razão de ser no poder divino, nas habilidades de seu exercente ou em uma forma representativa sem precedentes. Frise-se que o estado precisa preservar a sua existência para aí assegurar a igualdade e a liberdade de seus nacionais, e é com o poder soberano que ele vai cumprir com o seu papel.

12. CLASSIFICAÇÃO

Considerando a pessoa com quem os atos praticados, a soberania pode ser interna ou externa. Nas relações com as pessoas físicas nacionais e estrangeiras, os três poderes mantêm seu atos acobertados pela soberania interna. Na esfera internacional, somente o poder executivo pode manter essas relações com outros estados, organizações internacionais e entes beligerantes, desempenhando atos qualificados pela soberania externa. Ao invés dessa locução, deve-se dar preferência à palavra *autonomia*, isso porque não se concebe a essas relações a soberania caracterizada pela ilimitação, incontestabilidade, unidade e indivisibilidade.

13. ESTADO NA ORDEM INTERNACIONAL

Nas relações entre estados, pratica-se muitos atos geradores de direitos e obrigações, os quais podem ser cumpridos voluntariamente sem a noção de soberania. E assim deve ser, pois as relações tem muitos objetivos a serem promovidos, entre eles, promover ajuda entre os povos, transferir tecnologia e intensificar o comércio internacional. Nota-se desde já que não há como um estado impor ao outro os atos praticados unilateralmente, porque a soberania alheia não autoriza. Por outro lado, ainda que a imposição decorra de ato bilateral, como o é o tratado internacional, a terminologia que melhor explica tal situação é a *autonomia*, isso para evitar o desdobramento da soberania em interna e externa.

14. PODER CONSTITUINTE

A atividade de maior importância do poder legislativo, sem dúvida alguma, é o poder de elaborar uma constituição federal⁷ capaz de estruturar o estado, organizar o exercício dos poderes e impor limites às atividades estatais. Aqui é importante chamar a atenção pelo fato de os representantes do povo elaboram as regras para as relações deste com o estado, destacando-se a regulamentação dos mandatos eletivos. Dessa forma, transfere-se a soberania aos eleitos para o poder, os quais devem exercitá-lo com base na carta política elaborada a mando do povo.

15. DEMOCRACIA

A soberania já foi apresentada sob várias vertentes e nem todas elas expressavam a democracia. Na teocracia e na monarquia absoluta, apesar do governante exercer a soberania, afasta-se o povo do poder de forma sistemática e definitiva, não se permitindo qualquer variante interventiva. Nas formas oligárquicas ou aristocráticas, poucos concentram o poder e o povo, mais uma vez, sofre exclusão do poder.

A soberania e a democracia mantêm relações estreitas em vários aspectos, como a eleição dos exercentes do poder e o exercício do poder por tempo predeterminado. Diante disso, saliente-se que a soberania não sofre transferência integral aos seus exercentes, isso porque até enquanto estiverem no poder, o povo deve ser correspondidos em suas vontades e ideais. Na maioria dos estados civilizados, o legislativo funciona em um sistema bicameral, sendo preciso chamar a atenção para os casos em que o povo forma a sua assembléia e decide sobre vários assuntos, seja por meio de pressão aos deputados e senadores ou quando manifesta-se em proposta legislativa, plebiscito, referendo... No caso do poder executivo, depois de cumprir o mandato ou em caso de vacância do cargo, o povo retoma o poder que sempre foi seu. Registre-se ainda que o governante pode ser deposto pelo descontentamento popular, constituindo mais uma hipótese em que o povo retorna ao seu poder e o exerce com soberania.

16. LIMITAÇÕES

O exercício da soberania não pode ter por base a prática de crimes, pois não se pode justificar a expressão da vontade popular com atos criminosos; daí surgirem algumas limitações aos exercentes do poder, sendo elas de ordem política, jurídica e social.

Por limitações políticas entendam-se aquelas decorrentes da separação de

⁷ Por tratar principalmente da estrutura e organização do estado, a constituição pode ser chamada de carta política, ou seja, documento que trata do poder estatal.

poderes, quais sejam, as acusadas por Montesquieu como freios e contrapesos, limitadora das funções do outro poder em caso de conflitos ou mesmo contatos. Assim, a divisão de atribuições evita que haja conflitos entre os poderes.

As limitações jurídicas decorrem das normas e da estrutura do ordenamento jurídico como um todo. No passado, os direitos naturais do homem já denunciavam a exigência de respeito estatal pelas condições mínimas do ser humano; isso começou ocorrer sem nenhuma norma escrita exigindo tal postura do estado. Hodiernamente, nos estados civilizados, os exercentes do poder não avançam sobre os direitos e garantias ditos fundamentais. No Brasil, sob o título de direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal assegura os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos trabalhistas, a nacionalidade, direitos políticos e trata dos partidos políticos.

Ao atuar para fazer frente aos problemas sociais lesionadores do ambiente social, o estado deve amparar a criança, o idoso, a família, o consumidor, a saúde, o meio ambiente... Daí as limitações serem consideradas sociais, pois o estado deve cumprir com determinadas linhas de atuação preestabelecidas por normas constitucionais.

Sobre os grupos de pressão, deve-se observar que eles não limitam as atividades estatais quando atua sobre os exercentes do poder e, por isso, não devem ser considerados órgãos limitadores da soberania, mas orientadores da atuação estatal.

As origens das limitações são muito variadas, podendo surgir em virtude de conquistas de direitos ou pela evolução das relações sociais. Ademais, a história de cada povo, as atitudes dos governantes e as tendências de seus povos, contribuem para o direcionamento das limitações, avançando sobre determinados assuntos e regredindo sobre outros.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDROV, N. G. *Teoria del Estado y del Derecho*. Trad. A. Fierro, México: ed. Grijalbo, 1966.

ANDRADA, Bonifácio de. *Ciência Política: Ciência do Poder*. São Paulo: LTR, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed., São Paulo: ed. Malheiros, 2001.

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 5ª ed., Rio de Janeiro: ed. Globo, 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4ª ed., São

- Paulo: ed. Saraiva, 1999.
- BLUNTSCHLI, M. *La Politique*. Trad. por M. Armand de Riedmatten, Paris: ed. Guillaumin, 1879.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: ed. Mandarim, 2000.
- BRANDÃO, Adelino. *Salvaguardas Populares na Constituição*. Campinas: ed. Julex, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: ed. Almedina, 1993.
- CONSTANT, Benjamin. *Cour de Politique Constitutionnelle*. 10ª ed., Paris: ed. Guillaumin, 1872.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 22ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2001.
- DUGUIT, León. *La Transformación del Estado*. Trad. Adolfo Posada, Madrid: ed. Francisco Beltrán, 1922.
- FENEDA, Rubens. *Política à Luz da Doutrina Social Cristã*. 2ª ed., São Paulo: ed. LTR, 2001.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o Poder congressional de Sustar Atos Normativos do Poder Executivo*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 4ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense Universitária, 2000.
- GAMA, Ricardo Rodrigues Gama. *Introdução ao Direito Internacional*. Campinas, Bookseller, 2002.
- GAMA, Ricardo Rodrigues Gama. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2000.
- GERLAUD, M. J. *Personnes et Politique*. Paris: ed. Ouvrières, 1961.

- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *O Federalista*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: Russell, 2003.
- HEGEL, G. W. F. *Principes de la Philosophie du Droit ou Droit Naturel et Science de L'état en Abrégé*. Trad. Robert Derathé, Paris: ed. Philosophique J. Vrin, 1975.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Trad. por Fernando de los Rios, Buenos Aires: ed. Albatros, 1954.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini, 2ª ed., São Paulo: ed. Ícone, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*. México: ed. Nacional, 1972.
- KERÍMOV, D. *Teoría General del Estado y el Derecho: Matéria, Estructura e Funciones*. Moscou: ed. Progreso, 1981.
- LANZONI, Augusto. *Iniciação às Ideologias Políticas*. 5ª ed., São Paulo: ed. Ícone, 1998.
- LIMA FILHO, Acacio Vaz de. *O Poder na Antigüidade: Aspectos Históricos e Jurídicos*. São Paulo: ed. Ícone, 1999.
- LOEWESNSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitucion*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed., Baelona: ed. Ariel, 1976.
- MODESTO, Paulo, MENDONÇA, Oscar (coordenadores). *Direito do Estado: Novos Rumos*, São Paulo: ed. Max Limonad, 1997.
- MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: ed. Coimbra, 1965.
- NOGUEIRA, Ataliba. *Lições de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1969.
- PEREZ, Francisco Porrúa. *Teoria del Estado*. México: ed. Porrúa, 1979.
- POGGI, Alfredo. *Il Concetto del Diritto e dello Stato nella Filosofia Giuridica Italiana Contemporanea*. Padova: ed. Dott Milani, 1933.

- PINTO, Roberto Bueno. *Manual de Ciência Política*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2001.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. São Paulo: ed. Plêiade, 1998.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2000.
- SALVETTI NETO, Pedro. *Teoria Geral do Estado*. 2ª ed., ed. Saraiva: São Paulo,
- SALDANHA, Nelson. *Pequeno Dicionário da Teoria do Direito e Filosofia Jurídica*. Porto Alegre: ed. Fabris, 1987.
- SCHWARTZ, Bernard. *Los Poderes del Gobierno*. Trad. José Juan Olloqui Labastida. México: ed. Unam, 1966.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tier État?*. 4ª ed., Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2001.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Poder Constituinte Originário e sua Limitação Material pelos Direitos Humanos*. Campo Grande: ed. Solivros, 1999.
- VECCHIO, Giorgio del. *Lições de Filosofia do Direito*. 2ª ed., trad. Antônio José Brandão, Coimbra, 1951.
- VILLENEUVE, Marcel de la Bigne de. *Traité Général de L'Etat: Essai d'une Théorie Réaliste de Droit Politique*. Paris: ed. Recueil Sirey, 1929.
- WEISBERG, Herbert F. *Political Science: the Science of Politics*. New York: ed. Agathon, 1986.

O CASO SIEGFRIED ELLWANGER: INTERPRETAÇÃO DO ALCANCE E DO CONTEÚDO DO CRIME DE RACISMO

Tatiana Lages Aliverti¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar, com base no caso Siegfried Ellwanger, condenado por racismo pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a verdadeira interpretação do alcance e do conteúdo do referido crime.

Inicialmente, faremos uma breve abordagem sobre os Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988, a fim de delimitar os verdadeiros critérios de interpretação do texto constitucional, em especial do seu art. 5º, XLII, que trata da inafiançabilidade e da imprescritibilidade do crime de racismo.

Em seguida, discorreremos sobre a contribuição do Direito Internacional Público para a exegese do referido artigo constitucional, já que o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, consagra os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte como direitos e garantias fundamentais.

Por fim, analisaremos a legislação infraconstitucional sobre o crime de racismo e a amplitude do termo “racismo”.

1 – BREVE RELATO SOBRE O CASO SIEGFRIED ELLWANGER:

O autor e editor de Porto Alegre, Siegfried Ellwanger, dedica-se, de forma sistemática, a reeditar livros de conteúdo anti-semitista, como: *O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A história secreta do Brasil e Brasil Colônia de Banqueiros*, ambos de Gustavo Barroso; *Os protocolos dos sábios do Sião*; *Hitler –culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; *Os conquistadores do mundo - os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko; *Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*, de sua autoria, publicado sob o pseudônimo de S.E. Castan.

Os referidos livros pregam, indistintamente, a discriminação racial, induzindo o ódio aos judeus e os responsabilizando por todos os males do mundo, incitando a inferiorização e segregação do povo judeu. Além disso, o livro *Holocausto*

¹ Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestranda em Direito Penal pela PUC/SP. Professora de Direito Penal das Faculdades Padre Anchieta – Jundiaí/SP. Professora de Direito Penal do Instituto de Ensino e Pesquisa de Ciências Jurídicas e Sociais – São Paulo/SP.

judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século, obra de sua autoria, nega o crime de genocídio ocorrido durante o regime nazista de Hitler.

Processado perante a 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, por infração ao art. 20 da Lei n. 7.716/89, modificada pelas Leis nº 8.081/90 e 9.459/1997, Siegfried Ellwanger foi absolvido (Processo Crime nº 01391013255/5947). Entendeu a magistrada Bernadete Coutinho Friedrich, que “os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu”. Constituem-se em manifestação de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo. Lidos, não terão, como não tiveram, porquanto já o foram e, por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica” (fls. 02 da Sentença prolatada em 14/06/1995).

Apresentado Recurso de Apelação, decidiu a 3ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dar-lhe provimento, para condenar o apelado pela prática do crime do racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89 e leis posteriores. A pena aplicada foi a de dois anos de reclusão, com o benefício do *sursis*.

Entenderam os Desembargadores - após exame exaustivo dos textos publicados - ter havido discriminação racial, “a execração de uma raça”, como salientou o Desembargador Revisor, José Eugênio Tedesco, ressaltando, também, em seu voto, que a “intenção única do apelado é propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raias do fanatismo”.

Contra o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interpôs o réu Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual não foi admitido por falta de prequestionamento dos artigos de lei federal (Código Processual Penal) levantados, por parte do réu-recorrente, como violados.

Impetrou-se, então, perante esse Tribunal Superior, em favor do condenado, ora paciente, *Habeas Corpus*, no qual não se contestou a configuração do crime de discriminação contra a comunidade judaica, mas se argumentou - em especial frente a declarações de próceres do povo judeu - que este não constitui uma raça. No *Habeas Corpus*, criou-se a figura de um racismo brasileiro, tendo em vista o teor da justificativa do constituinte que propôs a Emenda convertida no art. 5º, XLII, da Constituição de 1988.

Assim, buscou o paciente o reconhecimento de que a expressão “racismo”, utilizada pela Constituição Federal, ao estatuir que a sua prática constitui crime imprescritível, limita-se à discriminação decorrente de raça negra ou amarela, caracterizada por sinais físicos ou biológicos. Desse modo, não sendo os judeus uma raça, nos estritos limites científicos da antropologia física, o crime praticado não teria sido o de racismo, mas sim o de incitamento contra os judeus, o qual é prescritível.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 5ª Turma, sendo relator o Min. Gilson Dipp, entendeu que “a condenação se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento”. O Min. Jorge Scartezzini,

em longo voto, concluiu que o constituinte, ao dispor o tema, pretendeu que a discriminação - tendo raízes biológicas ou territoriais, como reação emocional de não aceitar aqueles que são diferentes - fosse reprimida em todas as suas formas e não só pela tez da pele. O Min. Vicente Leal entendeu que o legislador constitucional quis englobar, com a palavra “racismo”, todos os tipos de discriminação ilegal, seja em relação à religião, à nacionalidade, à regionalidade. Concedia a Ordem, contudo, em razão de considerar que não houve prática de racismo, mas induzimento ao racismo.

Em *Habeas Corpus*, substitutivo de Recurso Ordinário, veio o paciente ao Supremo Tribunal Federal, alegando os mesmos argumentos constantes do *Habeas Corpus* que impetrara perante o Superior Tribunal de Justiça.

O Procurador-Geral da República, Cláudio Fontelles, representando o Ministério Público Federal, opinou no sentido da não-concessão da Ordem. Há, segundo ele, delegação na Constituição, para que o legislador ordinário conceitue o que é racismo, e ele o fez englobando, na expressão, a discriminação em razão da raça, da cor, da etnia, da origem nacional ou da religião. Dessa maneira, aduziu o Senhor Procurador, que por determinação constitucional, o termo “racismo” compreende todas estas formas de discriminação, sendo o crime praticado pelo paciente imprescritível.

Em dezembro de 2002, no início do julgamento, o relator do *Habeas Corpus*, Min. Moreira Alves, manifestou-se pela concessão da Ordem, entendendo que efetivamente os judeus não constituem uma raça, o que, na sua argumentação, se verificaria em razão dos dados físicos ou constitucionais, como cor da pele, formato dos olhos e textura do cabelo. Não sendo os judeus uma raça, o crime praticado não se enquadraria como racismo, sendo, portanto, o delito praticado pelo paciente prescritível, tendo ocorrido o prazo prescricional.

O julgamento não prossegiu, porque o Min. Maurício Corrêa pediu vista dos autos.

O julgamento foi retomado em abril de 2003 com o voto do Min. Maurício Corrêa denegando o *Habeas Corpus*, sob o argumento de que “o Direito, sustentado no plano científico pelo seqüenciamento do genoma humano, assevera que não existem raças. Só existe uma raça: a raça humana²”. Considerou, ainda, que se a tese do impetrante prosperasse, provocaria um impacto corrosivo do respeito dos Direitos Humanos e dos objetivos da República Federativa do Brasil.

O Min. Celso de Mello, na sessão de abril, acompanhou, em voto próprio, o entendimento do Min. Maurício Corrêa, acrescentando não haver conflito, no presente caso, entre a liberdade de manifestação do pensamento e a condenação de Ellwanger. Concluiu que, por mais abrangente que seja a liberdade de manifestação do pensamento, deve sempre respeitar as demais liberdades garantidas constitucionalmente e não convolar condutas criminosas.

² LAFER, Celso. *Racismo – o STF e o caso Ellwanger*. Jornal “O Estado de São Paulo”, 20/07/2003.

O julgamento foi retomado em junho de 2003, com o voto do Min. Gilmar Mendes, que acompanhou os votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, apenas destacando a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, na medida das liberdades garantidas constitucionalmente. Afirmou o Min. Gilmar que a liberdade de manifestação do pensamento não é direito absoluto, devendo ser exercida de modo compatível com o direito à honra, à imagem e à vida privada, e a ela não se pode atribuir primazia em face de princípios como a igualdade e a dignidade humana.

Na seqüência, o Min. Carlos Velloso pleiteou a antecipação de voto e também optou pelo indeferimento do *Habeas Corpus*, pois entendeu que o anti-semitismo é uma forma de racismo. Afirmou o Ministro não ter dúvidas de “que a conduta do paciente implica prática de racismo, o que a Constituição considera crime grave e imprescritível”. Enfocou, também, a matéria sob o ponto de vista do direito à liberdade de expressão, argumentando que embora seja garantia consagrada pela Constituição, não tem caráter absoluto.

O Min. Nelson Jobim não acompanhou o Relator, votando pelo indeferimento do *Habeas Corpus*. O Min. rejeitou a linha proposta pela defesa, segundo a qual, sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela Constituição Federal. Conforme Jobim, a tese “parte do pressuposto de que a expressão racismo usada na Constituição teria conotação e um conceito antropológico que não existe”.

A Min. Ellen Gracie, seguindo o posicionamento majoritário, confirmou a condenação de Siegfried Ellwanger, denegando a Ordem pleiteada.

O Min. recém-empossado Antonio Cezar Peluso seguiu a maioria e votou pela denegação do *Habeas Corpus*, afirmando que “A discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre”.

O Min. Carlos Ayres de Britto votou no sentido da concessão de ofício da Ordem pleiteada, pois entendeu não haver justa causa para a instauração da ação penal contra Ellwanger. Em seu voto, o Ministro absolve o réu por atipicidade do crime, porque a lei que tipificou o crime da prática do racismo por meio de comunicação foi promulgada depois de Ellwanger ter cometido o delito.

No dia 27/08/2003, o Supremo Tribunal Federal rejeitou, por maioria, a Ordem proposta pelo Min. Carlos Britto, e o processo foi para análise e voto dos Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, encontrando-se ainda *sub judice*³.

Ressalta-se, desde logo, a importância desse julgamento para o direito brasileiro, já que pela primeira vez o Supremo Tribunal Federal firmará entendimento sobre a interpretação do alcance e do conteúdo do crime de racismo, possibilitando, ou talvez não, maior punibilidade de condutas violadoras do art. 5º, XLII, da Constituição Federal e legislação infraconstitucional correlata.

³ Consultar site www.stf.gov.br, para maiores detalhes sobre o julgamento do *Habeas Corpus* 82424-2.

2 – OS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

A Constituição Federal de 1988 é um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, seja pela sua topografia, já que a organização do Estado é feita depois da explanação dos direitos e das garantias fundamentais, seja pelos princípios fundamentais que encampou.

Dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, consagra a Constituição, em seu art. 1º, II e III, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como vetores interpretativos da ordem jurídica interna.

A afirmação dos princípios gerais inerentes aos direitos humanos está, de maneira inequívoca e veemente, explicitada na Constituição de 1988, como aponta José Afonso da Silva⁴. Esta explicitação não está presente apenas no art. 5º, *caput*, que dispõe “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, mas também na relevância da não-discriminação consagrada no art. 3º, IV, que estabelece entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A Constituição de 1988 é, em matéria de direitos humanos, amplamente receptiva ao Direito Internacional Público, não só em razão da prevalência de tais direitos nas relações internacionais (art. 4º, II), como também pelo estabelecido no seu § 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sobressai, nesse contexto, a identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana. Tais direitos não operam de modo estanque, mas de modo interativo, contribuindo para a interpretação e o reforço da imperatividade dos direitos constitucionalmente garantidos.

Encontra-se, em nosso texto constitucional, como princípio específico de direitos humanos, o art. 5º, LXII, que dispõe: “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”. Este, por estar inserido na sistemática constitucional dos direitos e garantias fundamentais, é cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV) e, por isso, deve ser apreciado e interpretado com cuidados especiais, a fim de se garantir a estabilidade e a permanência de um sistema integrado de valores, baseado, principalmente, na dignidade da pessoa humana.

Interpretar, segundo Celso Ribeiro Bastos⁵, significa “conferir ou irrogar um sentido à norma, com vistas à sua aplicação num caso concreto”, (...) adaptando-a “às novas realidades sociais⁶”. Logo, interpretar o art. 5º, LXII, da Constituição de

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 222.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 14.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. cit. p. 15.

1988, implica dotar de significado o conteúdo jurídico nele previsto - a dignidade da pessoa humana -, dada a relevância que o próprio texto constitucional atribui aos direitos e garantias fundamentais, entre as quais se inclui a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo.

3 – ALCANCE DAS EXPRESSÕES “RAÇA” E “RACISMO”:

O avanço do conhecimento se incumbiu de mostrar que não há fundamento biológico em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios das diferenças visíveis, a começa pela cor da pessoa, são apenas juízos de aparência.

A capacidade de desvendar o genoma humano permite dizer que conhecer uma espécie reduz-se a conhecer seu genoma completo, e o seqüenciamento do genoma humano indica que as diferenças existentes no código genético de cada ser humano – que estão na escala dos milhões – não tem relação com a sua procedência geográfica ou étnica⁷. Portanto, do ponto de vista biológico, os judeus, os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça, mas todos são integrantes da raça humana, o que não exclui o direito à diversidade.

O racismo, mesmo não podendo ser justificado sob o prisma biológico, persiste como fenômeno social, espécie do preconceito.

Observa José Augusto Lindgren Alves⁸ que “Todos de boa-fé sabem que ‘raça’ é, sobretudo uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar”. Assim, “o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal”.

Interpretar a prática do racismo a partir da raça, para o Professor Celso Lafer⁹, “conduz, no limite, ao esvaziamento completo do que pretendeu a Constituição de 1988 e a correspondente legislação infraconstitucional”, ou seja, “é converter o crime da prática do racismo em crime impossível pela inexistência do objeto”.

Logo, é exatamente o fenômeno social, retratado pelas teorias e as ideologias divulgadas, que discriminam grupos e pessoas, atribuindo-lhes as características de uma “raça” inferior, e não a raça, o destinatário da repressão jurídica prevista no art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e sua corresponde legislação infraconstitucional.

⁷ TEIXEIRA, Mônica. *O projeto genoma humano*. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 67.

⁸ ALVES, José Augusto Lindgren. *A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos*. Revista Brasileira de Política Internacional. Ano 45, nº 2, 2002, p. 206.

⁹ LAFER, Celso. Parecer oferecido no HC/82424-2 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, p. 42.

4 – A PRÁTICA DO RACISMO E SEU IMPACTO NO DIREITO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA:

Esclarece Norberto Bobbio¹⁰ que são três os postulados do racismo, como visão de mundo e independentemente da fundamentação científica: a) “A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros. Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmite hereditariamente”; b) “Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores”, e; c) “Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis”.

Uma visão racista do mundo leva a condutas que têm distintas escalas de agressividade. Todas são caracterizadas pela discriminação, ou seja, pelo não reconhecimento aos “outros” dos mesmos direitos e garantias.

À discriminação pode somar-se uma intensidade superior de violência à dignidade da pessoa humana, que é a segregação. Esta consiste, como diz Norberto Bobbio¹¹, “em impedir a mistura dos diversos entre os iguais”. Pode expressar-se por meio de obstáculos jurídicos à miscigenação e pela colocação da “raça inferior” pela “raça superior” em um espaço separado, impedindo-lhes a assimilação: “o diferente deve permanecer diferente”. O *apartheid*, na África do Sul, enquanto perdurou, foi um paradigma da segregação institucionalizada e do que há de mais nefasto na herança racista do colonialismo europeu.

O último grau na escala da violência do tratamento racista é a agressão física. Esta começa de modo esporádico, contra alguns indivíduos e chega ao extermínio premeditado e de massa. O paradigma deste último grau na escala da violência é o “Estado racial”, no qual se transformou a Alemanha nazista de Hitler¹².

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002, p. 127/128.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 126.

¹² A Alemanha de Hitler, segundo Norberto Bobbio, foi “um Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores fisicamente ou psicologicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes”. (in Ob. cit., p. 129)

Segundo Hannah Arendt, “A primeira câmara de gás foi construída em 1939, para implementar o decreto de Hitler datado de 1º de setembro daquele ano, que dizia que “pessoas incuráveis devem receber uma morte misericordiosa. (...) O decreto foi cumprido imediatamente no que dizia respeito aos doentes mentais, e entre dezembro de 1939 e agosto de 1941, cerca de 50 mil alemães foram mortos com monóxido de carbono em instituições cujas salas de execução eram disfarçadas exatamente como seria depois em Auschwitz – como salas de duchas de banho”. (in *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 124)

5 – A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO PARA A INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XLII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

A Carta da Organização das Nações Unidas - ONU foi um direito novo, que resultou da 2ª Guerra Mundial. Na sua elaboração teve peso o ineditismo da experiência totalitária da Alemanha nazista, que patrocinou, inspirada pela sua ideologia racista, os campos de concentração e o holocausto.

Na visão do Professor Celso Lafer¹³, “O novo, instigado pela Carta da ONU, foi fazer dos direitos humanos no plano internacional, não um tema circunscrito, mas um tema global”.

A positivação dos direitos humanos, como tema global da vida internacional, iniciou-se com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Ao conjugar os valores da igualdade e da liberdade, a Declaração demarcou a concepção contemporânea de indivisibilidade dos direitos humanos. Além disso, a Declaração de 1948, segundo a Professora Flávia Piovesan¹⁴, “endossa a universalidade desses direitos, afirmando que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente à condição humana”.

A Declaração Universal, em razão de ser em sua maioria genérica, foi “juridicizada” por meio do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados em 1966. Mais tarde, a Declaração Universal e os Pactos formaram a Carta Internacional de Direitos Humanos – *International Bill of Rights*.

Os dois grandes Pactos de 1966 inserem-se na etapa de generalização do processo histórico de positivação internacional dos direitos humanos. Essa etapa viu-se acompanhada e desdobrada pela etapa de especificação, que passamos a examinar apenas no tocante à prática do racismo.

O Brasil participou, no plano internacional, do processo de especificação dos direitos humanos, voltado para afirmar o princípio da igualdade e da não-discriminação dos seres humanos em situação afetada pela prática do racismo.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU em 21 de dezembro de 1965, foi instigada pela memória das práticas raciais atrozidades do nazismo entre os anos de 1930 e 1940, particularmente as anti-semitas, e pelo desenvolvimento da segregação racial institucionalizada – o *apartheid* – na África do Sul.

Tal Convenção teve como objetivo a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões, a fim de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana.

¹³ LAFER, Celso. Ob. cit., p. 70/71.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 325.

A Convenção entrou em vigor no âmbito internacional no dia 04 de janeiro de 1969¹⁵. Porém, apesar do Brasil ter ratificado a referida Convenção, sem reservas, em 27 de março de 1968, somente em 08 de dezembro de 1969 foi editado o Decreto Brasileiro de sua promulgação (Decreto nº 65.810).

O Brasil participou das discussões preparatórias da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. A delegação brasileira co-patrocinou com os EUA uma emenda com o objetivo de incluir no texto da Convenção uma referência específica ao anti-semitismo¹⁶. A emenda não prosperou e a única referência específica, ao final contemplada pela Convenção, foi a da condenação do *apartheid*¹⁷ (art. 3º).

A razão de fundo apresentada na discussão da mencionada Convenção para a não-aceitação da emenda foi a de que a enumeração de formas específicas de discriminação racial nunca conseguiria ser exaustiva. Daí a importância de enunciados jurídicos de precisão geral. Dispõe o art. 1º, *caput*, da Convenção:

“Artigo 1º - Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública”. (grifos nossos)

O art. 4º da Convenção em tela inclui na estrutura do crime da prática do racismo o incitamento à discriminação. Reza o art. 4º:

“Artigo 4º - Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, *inter alia*:

a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem

¹⁵ A Convenção, apesar de adotada em 1965, passou a vigorar no âmbito internacional em 1969, porque segundo o seu artigo 19 só entraria “em vigor no trigésimo dia a contar da data em que o vigésimo sétimo instrumento de ratificação ou adesão houver sido depositado junto ao Secretário Geral das Nações Unidas”.

¹⁶ LAFER, Celso. Ob. cit., p. 78.

¹⁷ A inclusão do *apartheid* no texto do art. 3º da Convenção é compreensível, porque, na época, a condenação do regime racista da África do Sul estava, e com grande relevo, na ordem do dia da agenda internacional do combate ao racismo.

étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitarem à discriminação racial e que a encorajarem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades;

c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial". (grifos nossos)

O art. 4º da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, acima reproduzido, insere como delito punível e, portanto, no âmbito do Direito Penal Internacional, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais, e no seu caput estabelece o compromisso dos Estados-partes de promulgar legislação interna com este objetivo.

O rigor da tutela penal previsto no art. 5º, XLII, da Constituição de 1988, nela incluída a imprescritibilidade do crime da prática de racismo, exprime, assim, o cumprimento de uma obrigação internacional do Brasil e a identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana.

A importância que o Brasil atribui a essa Convenção foi reforçada pelo reconhecimento da competência do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos. Tal reconhecimento, previsto no art. 14 da Convenção, integra o sistema de monitoramento internacional de seus dispositivos.

No plano regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de São José da Costa Rica -, adotada em 22 de novembro de 1969 durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, estabelece no seu art. 13, 5, que "A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência" (grifos nossos).

Os Estados-partes, por meio da Convenção Americana, comprometem-se a garantir os direitos e liberdades nela reconhecidos "sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social" (art. 1º). Além disso, assumem o "dever de adotar disposições de direito interno" a luz dos parâmetros internacionais (art. 2º).

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992, vinculando-se, assim, ao aparato de monitoramento de seus dispositivos, integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana. Entretanto, só aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana em 03/12/1998.

O § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 determina a recepção pelo Direito Brasileiro, em matéria de direitos e garantias, do estipulado nos tratados internaci-

onais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Em razão de tal dispositivo, segundo a Professora Flávia Piovesan, o “elenco de direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte inova e amplia o universo de direitos nacionalmente assegurados, na medida em que não se encontram previstos no Direito interno¹⁸”.

Nesse sentido, pode-se dizer que tanto a Convenção de 1965, como a Convenção Americana de Direitos Humanos integram o “bloco da constitucionalidade¹⁹”, reforçando a interpretação voltada a assegurar a imperatividade da tutela constitucional da condenação da prática, do induzimento e da incitação do racismo, por meio de preconceito ou discriminação, como crimes imprescritíveis.

A Convenção Internacional de 1965 qualifica, no seu art. 1º, como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, e estipula, no seu art. 4º, como parte da estrutura do delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer incitamento à discriminação racial.

A interpretação sistemática e teleológica, que se entrelaçam, conduzem de forma clara ao entendimento de que toda e qualquer discriminação racial, nos termos da Convenção da ONU de 1965, acha-se compreendida no termo “racismo”, constante do art. 5º, XLII, da Constituição de 1988.

Interpretar que o “racismo”, referido no art. 5º, XLII, da Constituição Federal, limita-se às discriminações por diferenças físicas e biológicas, cor da pele, formato dos olhos, textura do cabelo, é afrontar os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O racismo elimina a dignidade de uma pessoa ou grupo de pessoas, por considerá-los diversos e inferiores, e esta inferiorização não é diferente por se dar em função da cor e não em função da origem nacional ou étnica.

A dignidade da pessoa humana exige que o racismo, enquanto crime imprescritível, previsto na Constituição Federal de 1988, seja compreensivo a partir da discriminação ou preconceito em razão da raça (em mero sentido biológico) e cor da pele, como em função da origem étnica ou nacional e da descendência.

Não incluir o anti-semitismo dentro da expressão racismo é afrontar o valor absoluto da dignidade da pessoa humana como princípio fonte, revelador de todos os direitos humanos, e fundamento de nossa Constituição Federal.

6 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI N. 7.716/89:

Tão logo promulgada a Constituição de 1988, editou-se a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, definindo os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor,

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Ob. cit., p. 111.

¹⁹ Expressão usada por Valério de Oliveira Mazzuoli, citado por Celso Lafer em Parecer que ofereceu no HC/82424-2 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, p. 95.

uma vez que o texto constitucional deixou a conceituação da expressão “racismo” (art. 5º, XLII) à lei infraconstitucional.

A Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, acresceu aos preconceitos de raça e cor, previstos no art. 1º da Lei nº 7.716/89, o preconceito em razão da etnia, religião ou procedência nacional, adequando-a aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como à Convenção da ONU para eliminação do racismo, que não só é lei interna, mas norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Em 03 de junho de 1994, a Lei nº 8.882 acresceu ao art. 20 da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90, o seguinte parágrafo: “Incorre na mesma pena quem fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo”.

Em 13 de maio de 1997, a Lei nº 9.459, por sua vez, alterou os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716/1989, que passaram a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 1º - Serão punidos, na forma desta Lei os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

(...)

Artigo 20 - Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fim de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido”.

Verifica-se que o artigo 20 da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei nº 9.459/1997, refere-se à prática, induzimento e incitação de “discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional”, que o artigo 1º da

Convenção Internacional de 1965, vigente e aplicável no Brasil, qualifica como “bloco de discriminação racial”. Com a edição da Lei nº 9.459/97, a legislação interna adequou-se ao preceituado nos tratados internacionais anteriormente ratificados pelo Brasil. Entretanto, não foi somente com o advento da lei de 1997 que as condutas descritas em seu artigo 20 passaram a ser ilícitas no Brasil.

Antes da legislação infraconstitucional, tanto a prática, como o induzimento e a incitação à discriminação e ao preconceito raciais já eram passíveis de punição pelo direito penal brasileiro, já que a norma constitucional do § 2º do art. 5º, inclui, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, que no caso em análise são: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (arts. 1º e 4º) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (arts. 1º e 2º).

CONCLUSÃO

O racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica.

Para a construção de uma sociedade digna, baseada nos princípios da igualdade e da não-discriminação, que são a base da tutela dos direitos humanos, não se pode tolerar atitudes que recusem a condição humana da pluralidade e da diversidade. Nesse sentido, o legislador constituinte deu o peso e a gravidade da imprescritibilidade ao crime da prática do racismo, a fim de impedir sua reincidência.

Dessa forma, a única interpretação compatível com os princípios fundamentais da Constituição Federal e com os tratados internacionais (Convenção Internacional de 1965 e Convenção Americana dos Direitos Humanos) é a de que o termo “racismo”, constante do art.5º, XLII, do texto constitucional, compreende a prática, o induzimento e a incitação de qualquer discriminação ou preconceito em face da raça, da cor, da descendência, da origem étnica ou nacional.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Augusto Lindgren. *A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos*. Revista Brasileira de Política Internacional. Ano 45, nº 2, 2002.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.

REALE JR. Miguel. Parecer oferecido no HC/82424-2 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

JONES, James M. *Racismo e preconceito*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Edgard Blucher Ltda, 1973;

LAFER, Celso. *Racismo – o STF e o caso Ellwanger*. Jornal O Estado de São Paulo, 20/07/2003.

_____. Parecer oferecido no HC/82424-2 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SANTOS, Christiano Jorge. *Análise jurídico-penal da Lei nº 7.716/89 e aspectos correlatos*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre. São Paulo: PUC, 2001.

SANTOS, Joel Rufino dos. *O que é racismo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEIXEIRA, Mônica. *O projeto genoma humano*. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2001.

TEJO, Célia Maria Ramos. *Dos crimes de preconceito de raça ou de cor*. Campina Grande: EDUEP, 1998.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA (CIP).

*Carlos Eduardo de Freitas Fazoli**

Na última década, diversos municípios brasileiros instituíram uma taxa para o custeio dos serviços de iluminação pública. Não obstante, tal exação foi declarada inconstitucional pelos nossos tribunais¹ em repetidas oportunidades, uma vez que, entre outros motivos, este tributo não era divisível, característica esta fundamental para a existência de uma taxa.

Para “solucionar” esta questão, a Emenda Constitucional n.º 39 foi promulgada no final de 2002 pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, incluindo-se o artigo 149-A² na Constituição Federal e autorizando os Municípios e o Distrito Federal a instituir uma contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública (CIP).

Desta forma, surge uma pergunta: qual a natureza jurídica da referida contribuição? Ressalta-se que esta proposição não é meramente doutrinária, uma vez que o regime jurídico aplicável à CIP decorre da resposta a ser dada.

Atualmente, é pacífico na doutrina que, assim como as contribuições sociais, a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública tem natureza tributária. Tal assertiva pode ser feita pela exegese dos artigos 149 e 149-A da Constituição, artigo 217 do Código Tributário Nacional, bem como pela própria posição topográfica daqueles artigos (Capítulo I do Título VI da Carta Magna – Do Sistema Tributário Nacional). Não fosse só, o próprio recém-inserido art. 149-A estabelece que o disposto no art. 150, I e III, da Lei Maior deve ser observado pela lei instituidora da CIP, ou seja, princípios constitucionais tributários. Neste sentido, temos a sempre precisa lição de Paulo de Barros Carvalho ao analisar as contribuições sociais: “Não é de hoje que advogamos a tese de que as chamadas *contribuições* têm natureza tributária”.³

* Advogado, ex-aluno da FADIPA e graduado em Engenharia Elétrica. Foi aprovado no último concurso para o cargo Procurador da Fazenda Nacional e aguarda a respectiva homologação/nomeação.

e-mail: carlosfazoli@adv.oabsp.org.br

¹ STF, *recurso extraordinário* 234605/RJ, relator Min. Ilmar Galvão.

² Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

³ *Curso de Direito Tributário*, 15. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 42 – grifo no original.

Na mesma linha de pensamento se pronunciou o ilustre Roque Antonio Carrazza ao tratar, também, das contribuições sociais previstas no art. 149 da Lei Magna: “Estamos, portanto, em que estas “contribuições” são verdadeiros *tributos* (embora qualificados pela finalidade que devem alcançar). Podem, pois, revestir a natureza jurídica de imposto ou taxa, conforme as hipóteses de incidência e bases de cálculo que tiverem”.⁴

Feitos estes primeiros esclarecimentos, mister tratarmos das espécies de tributos. O art. 145 da Lei das Leis e o art. 5º do Código Tributário Nacional adotam o critério tricotômico. Assim, impostos, taxas e contribuições de melhoria são espécies das quais tributo é o gênero. Na doutrina, temos duas linhas de pensamento. A primeira é encampada, entre outros, por Paulo de Barros Carvalho⁵ e Roque Carrazza⁶ e corrobora com a classificação legal. A segunda, por sua vez, entende que as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios são espécies distintas de tributo, tendo, pois, natureza própria. Nesta última corrente aparece Hugo de Brito Machado⁷.

Na seqüência, cabe trazermos as definições de imposto, taxa e contribuição (sentido amplo). Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.⁸ Por sua vez, as taxas são, na arguta definição de Alexandre Barros Castro, “uma espécie de tributo exigido de quem se utiliza de serviço, específico e divisível, ou o tem potencialmente à sua disposição, englobando, ainda, os atos resultantes do exercício do poder de polícia”.⁹ Finalmente, temos a definição que o mestre A. D. Giannini nos oferece de contribuição: é a “prestação devida: a) por aqueles que – por se acharem em uma determinada situação – recebem uma especial vantagem econômica, como efeito do desenvolvimento de uma atividade administrativa, em contraste com todas as outras pessoas a quem a mesma atividade aproveita; ou b) por aqueles que, em consequência de coisas que possuem, ou do exercício de uma indústria ou comércio, ou outra atividade, provocam uma despesa (especial), ou uma despesa maior da pessoa pública”.¹⁰

Seguindo nosso raciocínio, é preciso esclarecer que a Constituição de 1988, ao tratar dos impostos em geral, estabeleceu, ao menos implicitamente, a *regra-matriz* de todos eles. Infelizmente, não o fez para a contribuição aqui tratada. Os congressistas especificaram apenas a finalidade da arrecadação (custeio do serviço de iluminação pública) e a pessoa política (Município/Distrito Federal) com competência para a sua instituição, deixando os demais aspectos ao talante do legislador municipal/distrital. Destarte, cabe à lei infraconstitucional estabelecer os cri-

⁴ *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 17. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 510 – grifos no original.

⁵ *Curso*, cit., pp. 42-43.

⁶ *Curso*, cit., p. 510.

⁷ *Curso de Direito Tributário*, 21. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 63-64.

⁸ Código Tributário Nacional, art. 16.

⁹ *Teoria e Prática do Direito Processual Tributário*, 1. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 42.

¹⁰ *apud* Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, 6. ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 184.

térios material, temporal, espacial e quantitativo (base de cálculo e alíquota), bem como complementar o critério pessoal (sujeito passivo). Importante frisar que é o binômio hipótese de incidência/base de cálculo que define a natureza jurídica específica de um tributo.

Desta feita, podemos afirmar que, no caso específico da CIP, qualquer que seja a linha de pensamento a ser adotada (seja esta contribuição uma quarta espécie, ou não, de tributo) e, *a fortiori*, sua natureza jurídica específica, o produto de sua arrecadação deverá, necessariamente e por mandamento constitucional, ser utilizado no custeio dos serviços de iluminação pública. A destinação constitucional da arrecadação é, portanto, uma característica fundamental da contribuição ora estudada. Importante, neste ponto, não confundirmos a destinação da arrecadação com a vinculação ou não do tributo a uma atividade estatal. São, pois, coisas distintas.¹¹

Por todo o exposto, verifica-se que as contribuições para o custeio dos serviços de iluminação pública são tributos qualificados pela finalidade (na expressão de Roque Carrazza) e podem ter a natureza jurídica específica de imposto, taxa, contribuição de melhoria ou, dependendo da corrente doutrinária, de uma quarta e própria espécie de tributo. Tudo dependerá da hipótese de incidência e da base de cálculo que a lei infraconstitucional estabelecer no caso concreto. A lei local é que irá determinar. E não é só. A CIP deverá observar o art. 150, I e III, da Constituição e todos os direitos e garantias constitucionais dos contribuintes (sentido *lato*) deverão ser resguardados.

Finalmente, nada impede que, amanhã, os parlamentares venham a criar outro instituto com o *nomen iuris* contribuição, mas que tenha, no caso, outra natureza jurídica e, conseqüentemente, outro regime jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6.^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17.^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15.^a ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

CASTRO, Alexandre Barros. *Teoria e Prática do Direito Processual Tributário*. 1.^a ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21.^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

¹¹ Vide Roque A. Carrazza, *Curso*, cit., pp. 511-514 (itens 3.1.2.7, II e III).

O PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL. QUESTÕES SOCIAIS E LEGAIS. O PROGRAMA DE PROTEÇÃO À VÍTIMA E TESTEMUNHAS.

Marcos Vinicius Ribeiro*

1. INTRODUÇÃO

Vítima, é “qualquer pessoa que sofra infaustos resultados, seja de seus próprios atos, seja dos atos de outrem, seja de influxos nocivos ou deletérios, seja de fatores criminógenos, ou seja do acaso”.¹

No Direito Penal e no Direito Processual Penal, vítima (ou ofendido, como às vezes é chamado) é quem sofre as conseqüências da infração penal. Ela pode ser objeto de provas ou sujeito para praticar atos processuais. Nesta segunda hipótese, deve ser assistida por um advogado.

Na antiguidade, a vítima ocupou um papel fundamental na persecução penal. Entretanto, o Direito Penal e o Direito Processual ultimamente vinham esquecendo-se da vítima, sendo que, esta, estava ocupando um papel secundário na repressão do delito. É que, tais ciências jurídicas somente vinham estudando o crime e o criminoso.

Somente recentemente é que a vítima foi “redescoberta” pela moderna ciência penal, processual penal e criminologia. Aliás, criminologia é a ciência que estuda o crime, o infrator, a vítima e o controle social do delito com o objetivo de fornecer informações úteis sobre seu objeto.

Vitimologia é a ciência que estuda o comportamento da vítima em relação ao delinqüente e do delinqüente em relação à vítima. A moderna vitimologia não pretende uma regressão ao passado com a colocação da vítima acima dos interesses sociais. Tal situação é tão equivocada como o completo esquecimento que se deu em relação a ela durante muito tempo. Porém, é evidente que há a necessidade de uma maior preocupação com a vítima do delito.

2. NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Conforme mencionado, nos primórdios da civilização a vítima teve um papel relevante na punição dos criminosos. Na época da vingança privada a vítima agia

*Professor da Faculdade Padre Anchieta de Jundiá e Mestre pela PUC/SP.

¹ João Farias Júnior, Manual de Criminologia, p. 250.

com suas próprias forças, muitas vezes ajudadas por sua comunidade ou tribo, na tentativa de retribuir o mal que lhe fora causado com a perseguição, morte, agressão ou tomadas de bens do criminoso.^{2 3}

Do período em que vigia a vingança privada passou-se ao da justiça privada, em que a vítima ou seus parentes, quando quisessem punir o criminoso deveriam se dirigir ao representante da comunidade que impunha a punição cabível. Conforme afirma Antonio Scarance Fernandes⁴, neste período, tendo a vítima e seus familiares como titulares, prevalecia a ação penal privada, não existindo, ademais, uma distinção muito clara entre o ilícito penal e o ilícito civil. “As punições de ordem pecuniárias representavam, ao mesmo tempo pena e reparação”.

Percebe-se, então o papel relevante que a vítima exercia em tais períodos, pois competia e dependia dela a punição do criminoso. É evidente, outrossim, que existia muita injustiça e arbitrariedades, sendo que as regras pareciam uma verdadeira “lei das selvas”, porque prevalecia sempre a vontade do mais forte, ou do grupo mais poderoso. Então, o Estado resolveu tomar para si a pretensão punitiva e sua respectiva perseguição.

Com o tempo, então, a vítima caiu quase totalmente no esquecimento por parte do direito processual penal tradicional, que se preocupava, tão somente com o crime, com o criminoso e a respectiva punição.

Conforme demonstrou Antonio Scarance Fernandes a diminuição do prestígio da vítima no processo penal começou na Idade Média. “Com o fortalecimento das Monarquias e do Estado Moderno, a vítima é relegada, definitivamente a segundo plano. O direito penal é considerado de ordem pública, sendo o crime visto como ofensa à boa ordem social cabendo ao Estado reprimi-lo”.

O criminólogo espanhol, Antonio García-Pablos de Molina, advertiu que “o abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminológicas. Desde o campo da Sociologia e da Psicologia social, diversos autores têm denunciado este abandono: o Direito Penal contemporâneo - advertem - acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual. A Criminologia tampouco tem demonstrado sensibilidade

² Magalhães Noronha, *in* Direito Penal, Vol 1, p. 20, esclarece que “como se observava nas espécies inferiores, a reação à agressão devia ser a regra. A princípio, reação do indivíduo contra o indivíduo, depois, não só dele como de seu grupo, para, mais tarde, já o conglomerado social colocar-se ao lado destes. É quando então se pode falar propriamente em vingança privada, pois, até aí, a reação era puramente pessoal, sem intervenção dos estranhos.

³ Por seu turno, Basileu Garcia, *in* Instituições de Direito Penal, Vol 1, T. I, p. 12-13, afirma que “Em tempos remotos da História da humanidade, época houve em que o homem fazia justiça pelas próprias mãos. Era a vingança privada, violenta e quase sempre eivada de demasias. Sem observar, mesmo aproximadamente, a lei física da reação igual e contrária à ação, o ofendido e os do seu agrupamento procediam desordenada e excessivamente, de modo que, às vezes, aquilo que constituía ofensa a um indivíduo passava a sê-lo relativamente à comunidade toda a que ele pertencia, travando-se lutas e guerras que o ódio eternizava.

A vingança privada arraigou-se muito no costume dos povos. Só lentamente foi abandonada, graças ao fortalecimento do poder social, quando as penas públicas passaram a instituir suficiente proteção para o indivíduo, que, em consequência, já não necessitava recorrer ao seu próprio desforço.

⁴ O papel da vítima no processo penal, p. nologia, 1992, p. 42

⁵ cf. Antonio Scarance Fernandes, *ob. cit.*, p. 18-23 e Antonio Garcia- Pablos de Molina, p. 47.

pelos problemas da vítima do delito, pois centra seu interesse exclusivamente na pessoa do delinqüente”.

Recentemente, a vítima vem sendo “redescoberta” pelo processo penal moderno. Vários simpósios, congressos e eventos foram realizados com o objetivo de discutir o papel da vítima no processo penal.⁶ Conforme afirmou Antonio Scarance Fernandes, “no Direito Penal em que estudos haviam evoluído em torno de dois grandes temas - o crime e o autor do crime -, vem sendo acrescentado(...) um terceiro: a vítima”.⁷

Antonio Garcia- Pablos de Molina⁸, também afirmou “que a vítima do delito experimentou um secular e deliberado abandono. Desfrutou do máximo protagonismo - sua ‘idade de ouro’ - durante a época da justiça privada, sendo depois drasticamente ‘neutralizada’ pelo sistema legal moderno. Talvez porque ninguém quer se identificar com o ‘perdedor’, a vítima suporta os efeitos do crime (físicos, psíquicos, econômicos, sociais, etc.), assim como a incensibilidade do sistema legal, o rechaço e a insolidariedade da comunidade e a indiferença dos poderes públicos. No denominado ‘Estado social de Direito’, ainda que pareça paradoxal, as atitudes reais em favor da vítima do delito oscilam entre a compaixão e a demagogia, entre a beneficiência e a manipulação. A Vitimologia impulsionou durante os últimos anos um processo de revisão científica do papel da vítima no fenômeno delitivo, uma redefinição do mesmo à luz dos acontecimentos empíricos atuais e da experiência acumulada”.

Mais adiante, complementa referido autor que “a moderna Vitimologia não pretende uma inviável regressão ao passado, a vingança privada ou a represália, porque uma resposta institucional e serena não pode se subordinar aos estados emocionais da vítima. E tão equivocado como o esquecimento da vítima seria qualquer intento de examinar o problema criminal desde a óptica exclusiva de um dos seus protagonistas. Não se advoga, portanto, pelo retorno da ‘idade de ouro’ (vingança) da vítima”.⁹

⁶ Criminologia, p. 23.

⁷ Ob. cit. p. 42.

⁸ A Lógica das Provas em Matéria Criminal, fls. 403 e ss. Tradução da 3.^a edição de 1912 de Paolo Capitanio.

⁹ Mais adiante o autor continua: “Isto, principalmente, quando se trata de crime consistente em violência contra as pessoas ou acompanhado destas. Naquele que recebe um ferimento ou mesmo uma pancada, na pessoa que sofre uma violência, ainda que simplesmente moral, a mente se constitui em tempestade e não é por certo em tal estado de espírito que se pode ter a exata percepção dos detalhes das coisas. Se a perturbação de espírito é máxima para os crimes contra a pessoa, ela, se bem que em menor grau, verifica-se também, nos devidos limites, para os crimes contra a propriedade, para tudo o que se refere à percepção simultânea ou sucessiva à consumação do crime. Quem é despojado de uma coisa sua, se pode ter exatas e serenas percepções para depor sobre as materialidades peculiares do objeto roubado, pois anteriormente percebidas em período de calma, não pode, ao contrário, apresentar percepções igualmente serenas e exatas relativamente ao valor do objeto roubado. É que, consumado o furto, sabemos que o objeto do qual fomos despojados. Pelo amor que temos às coisas que nos pertencem, apresenta-se nos sempre com um valor superior ao real. Coisas que apreciamos pouquíssimo enquanto possuímos, passamos a apreciar muitíssimo quando as perdemos e isto não é exato somente em relação às coisas materiais; sabe-se que dos mortos queridos se exageram sempre os méritos, mesmo os que não queriam reconhecer em vida. É uma fraqueza do coração humano, que se inclina a apreciar, mais que o que se possui e, exageradamente, aquilo que se perdeu. Nem as observações do ofendido apresentam grande garantia de exatidão quanto ao modo de consumação do crime contra a propriedade; a ele se misturam sempre o sentimento da violação do próprio direito, o qual tolhe a calma e a conseqüente percepção exata dos detalhes das coisas. Nem, por fim, deve-se dar valor ilimitado às palavras de quem foi ofendido nos bens, quanto à designação do delinqüente. O grande desejo, natural em quem foi vítima de um crime, de chegar a descoberta do réu, preocupando o espírito já perturbado pela ofensa sofrida, torna-o propenso para suposições, fazendo aceitar como probabilidades simples dúvidas e como certeza as probabilidades”. Ob. cit. p. 404.

3. O PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL TRADICIONAL

Em suma, conforme já repetido, no processo penal contemporâneo tradicional, a vítima assumiu um papel secundário. A criminologia, o direito penal e o direito processual penal se preocuparam somente com o crime, com o criminoso e com a pena, sendo, destarte, esquecida a vítima e seus dramas.

No código de processo penal brasileiro, a vítima foi mencionada algumas vezes. Ela pode ser objeto de provas ou sujeito para praticar atos processuais.

Como objeto de provas o depoimento da vítima é fundamental para a persecução penal, embora sua vontade em processar ou punir o suposto infrator, em regra, seja irrelevante.

Em determinados delitos como, por exemplo, nos crimes contra os costumes, que normalmente são praticados na ausência de outras testemunhas, muitas vezes, a palavra da vítima é o único elemento comprobatório.

Porém deve se ter uma certa cautela na avaliação do testemunho do ofendido, pois, conforme expôs Nicola Framarino dei Malatesta¹⁰, “é indubitável que ver agredido o próprio direito perturba grandemente a consciência do homem, fazendo-o perder aquela serenidade, aquela calma decorrente da exata percepção das coisas. Todo crime faz nascer, portanto, no espírito do ofendido, uma perturbação que, tornando difícil a exata percepção das coisas, possibilita os enganosa”.¹¹

A vítima pode também praticar atos no processo penal. Na ação penal pública condicionada, como condição objetiva de procedibilidade deve existir a representação do ofendido que é a manifestação da vontade da vítima em querer ver processado o autor da infração penal. Isto porque, muitas vezes, o processo acaba sendo mais gravoso para ela do que o próprio delito, sendo que seria preferível o esquecimento.

Na ação penal privada é o ofendido quem deve ingressar com o processo agindo como um substituto processual, sendo, desse modo, o titular da ação penal em apreço.

Existe ainda, mesmo nos crimes de ação penal pública incondicionada em que vigora o princípio da indisponibilidade, sendo irrelevante a vontade da vítima e mesmo do titular da ação penal, que neste caso é o Ministério Público, existe a possibilidade de atuação da vítima em casos expressos como a possibilidade de legitimação extraordinária para recorrer em determinados casos e atua como assistente da acusação.

Por seu turno, no direito penal, a vítima só é lembrada no critério das circunstâncias judiciais do artigo 59, para efeitos de fixação da pena base, nas condições para concessão de reabilitação e do *sursis*, ou em institutos como o arreten-

¹⁰ artigo 245 da Constituição Federal de 1988.

¹¹ cf. Marcus Vinicius Ribeiro, A suspensão condicional do processo na ação penal privada

dimento posterior.

4. Um novo modelo de justiça penal

Conforme visto, ultimamente, o direito processual penal vem dando um papel secundário à vítima. Muitas vezes, ela é apenas usada a fim de que preste seu depoimento, auxiliando a instrução probatória, mas, em momento algum, é indagada sobre as conseqüências que o crime lhe causou. Ainda ocorrem situações, em que esta chega a ser desrespeitada pelo advogado, pelo promotor, pelo juiz ou por serventários da Justiça. Outras vezes, é colocada em uma sala de espera única, juntamente com o próprio o acusado e/ou seus parentes, que não hesitam em tentar intimidar a mesma.

Por seu turno, Antonio Scarance Fernandes¹² defendeu mudanças profundas no sistema criminal com maior preocupação com a vítima. Para ele, “o primeiro passo é descriminalizar. Há condutas que, por serem menos ofensivas, não precisam ser erigidas em tipos penais. Bastam para elas sanções administrativas. Podem até mesmo não merecer qualquer punição. Com isso, haverá inevitável diminuição dos serviços da polícia judiciária. O tempo ganho poderá representar aperfeiçoamento na apuração dos crimes noticiados e permitirá maior atenção às vítimas”.

Mais adiante, continuou, afirmando ser necessário, outrossim, “admitir-se atenuações ao rigor proveniente do princípio da obrigatoriedade. Só a discriminação não basta. Há sempre, até por imperiosidade do sistema, em qualquer jurídica uma seletividade natural dos fatos noticiados. Alguns não originam investigações, nem seria possível que isso sucedesse em todas as ocorrências comunicadas, sob pena de colapso do sistema judiciário, já congestionado. Outros, depois de apurados não ocasionam processos criminais. Nesta seletividade formam-se critérios caóticos e subjetivos. Melhor, então, que se admita uma mitigação à regra da obrigatoriedade e o próprio legislador fixe as hipóteses em que se admite a não propositura da ação penal”.¹³

Já se percebendo tal situação, o legislador constituinte, na Constituição Federal, trouxe a previsão de que “a lei disporá sobre hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”.¹⁴

Neste sentido, a Lei complementar número 79 de 7 de janeiro 1994, regulamentada pelo decreto número 1.093 de 23 de março de 1994, criou o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

Atendendo aos reclamos de uma maior preocupação com a vítima, as legis-

¹² idem, ibidem

¹³ Antonio Magalhães Gomes Filho, Juizados Especiais Criminais, Revista do Advogado, n. 50, agosto/97

¹⁴ Ada Pellegrini Grinover. Novas Tendências do Direito Processual, p. 2^a. ed. , 1990. P. 408.

lações recentes vêm trazendo uma nova visão para a justiça penal. A principal inovação se deu com a promulgação da lei 9.099/95.

Com efeito, a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 provocou uma série de mudanças em nosso ordenamento jurídico penal. O legislador, em tal diploma normativo, não só disciplinou os Juizados Especiais Criminais, criando o chamado procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, como passou a exigir representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa, além de introduzir em nosso sistema a chamada suspensão condicional do processo.¹⁵

Tais inovações quebraram a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal e da verdade real, abrindo espaço para um consenso no campo da justiça criminal.¹⁶

Assim, nas infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo, quais sejam: as contravenções penais ou crimes em que a lei comine pena não superior a um ano, salvo se for de procedimento especial, é dispensado o inquérito policial, elaborando-se, simplesmente, um termo circunstanciado, sendo encaminhado o autor do fato e a vítima ao Juizado Especial Criminal para uma audiência preliminar.

“A Lei n. 9.099/95 separou o procedimento das infrações penais de menor potencial ofensivo em duas fases distintas: na primeira tenta-se a composição civil e a transação penal; somente se não for conseguida esta última, passa-se então ao procedimento sumaríssimo”.¹⁷

No procedimento sumaríssimo, será oferecida a denúncia ou queixa, se possível, oralmente, na própria audiência preliminar. Logo após, haverá uma audiência

¹⁵ Os questionamentos provocados pela Lei 9.099/95 - Boletim 35 do IBCCrim

¹⁶ A respeito, Luiz Flávio Gomes *in* Juizados Especiais: a revolução em Marcha - Boletim n. 41 do IBCCrim, embora admitindo que a lei n. 9.099/95 *padece de incertezas e omissões*, afirma que o referido texto legal “*está proporcionando benefícios nunca antes imaginados, principalmente em favor das esquecidas vítimas de delitos (pois permite reparação dos danos imediatamente em muitos casos ou simples satisfação moral). Tornou-se possível a ressocialização do infrator, pois além de reconhecer sua vítima, sente com rapidez, as consequências do seu ato. Vivivelmente, ademais, está descongestionando os juízos e Tribunais criminais. As primeiras metas da Lei dos Juizados Criminais (desburocratização, celeridade, economia processual, fim das prescrições, solução rápida do litígio, melhor imagem da Justiça, reparação em favor das vítimas, ressocialização alternativa, etc.) pode se dizer, já estão sendo alcançadas com surpreendente êxito (...)*”.

¹⁷ Antonio Sérgio A de Moraes Pitombo, *in* “Fishmarket ou novo Processo Penal” - Boletim do IBCCrim n. 40, afirma que “*foram tantas as expressões estrangeiras, que passaram a fazer parte de nosso vocabulário, que parece útil trazer outra contribuição, sugerindo o anglicismo: fishmarket. Afinal, no admirável mundo novo do processo penal, precisa-se de compreender o significado de “plea bargaining”, de “probation” e até “guilt plea”, para assim, se mostrar moderno. Nada contra ir buscar lá fora institutos jurídicos, que trouxeram bom resultado noutra sistema penal. A questão não é essa. Será que nossos legisladores viram, efetivamente, como funcionam essas regras processuais? Teriam eles tomado conhecimento da literatura jurídica atual sobre tais previsões legais? Levaram em conta as diferenças culturais, adequando a lei ao Brasil de outras faces? (...) Necessita-se, todavia, de ter consciência: o marketing tem força: Basta ler comentários sobre a nova legislação coletando expressões (verdadeira revolução..., processo de resultados ou luz no fim do túnel...) para ver o que se pretende vender ao grande público(...) Em suma, não se creê na submissão da toga à barganha imoral, muito menos à violação da ampla defesa, ou do estado de inocência, Enfim, aqueles que aprenderam, ao lado dos réus, o quanto importa a verdade material, dificilmente acatarão o que se resolveu chamar de ‘verdade consensuada’, que mais parece locução de Nelson Rodrigues do que algo sério em processo penal. Essa a impressão. O dia-a-dia do fórum mostrará quais serão os odores que o fishmarket irá exalar...”.*

única em que, inicialmente, será dada a palavra ao defensor, que poderá alegar fatos que possam acarretar na rejeição da preambular acusatória. Em seguida, caso o juiz receba a exordial, se passará à instrução, com a oitiva da vítima, das testemunhas de acusação e de defesa (nesta ordem) e, por fim, realizado o interrogatório do acusado. Finalmente, as partes apresentarão alegações orais e o juiz proferirá sentença na própria audiência.

Por seu turno, o artigo 88 da Lei em análise passou a exigir representação na ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves ou culposas. Trata-se assim, de dois novos casos de ação penal pública condicionada, além dos previstos no Código Penal.

A suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 do diploma legal em apreço, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos da suspensão condicional da pena (*sursis*).

Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor na presença do juiz, este poderá suspender o processo, submetendo o acusado a um período de prova, sob as seguintes condições: I- reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II- proibição de freqüentar determinados lugares; III- proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz e IV- comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

A suspensão condicional do processo teve forte inspiração no sistema do *probation* anglo-saxão, tradicional nos sistemas do *common law*, mas não pode ser confundido com o mesmo.¹⁸

Tais mudanças em nosso ordenamento jurídico, conforme expôs Alberto Silva Franco¹⁹, foram capazes de despertar reações contrapostas, de extremo radicalismo. De um lado, os que entenderam que em face do novo diploma legal, os problemas da Justiça Criminal foram resolvidos: a morosidade da máquina judiciária foi substituída por uma justiça mais ágil.²⁰ De outro lado, posicionam-se os

¹⁸ ob. cit.

¹⁹ Luiz Flávio Gomes, *Suspensão Condicional do Processo*, 1995, p. 112

²⁰ A respeito, Luiz Flávio Gomes *in* Juizados Especiais: a revolução em Marcha - Boletim n. 41 do IBCCrim, embora admitindo que *a lei n. 9.099/95 padece de incertezas e omissões*, afirma que o referido texto legal “*está proporcionando benefícios nunca antes imaginados, principalmente em favor das esquecidas vítimas de delitos (pois permite reparação dos danos imediatamente em muitos casos ou simples satisfação moral). Tornou-se possível a ressocialização do infrator, pois além de reconhecer sua vítima, sente com rapidez, as consequências do seu ato. Vizivelmente, ademais, está descongestionando os juízos e Tribunais criminais. As primeiras metas da Lei dos Juizados Criminais (desburocratização, celeridade, economia processual, fim das prescrições, solução rápida dos litígios, melhor imagem da Justiça, reparação em favor das vítimas, ressocialização alternativa, etc.) pode se dizer, já estão sendo alcançadas com surpreendente êxito (...)*”

²¹ Antonio Sérgio A de Moraes Pitombo, *in* “Fishmarket ou novo Processo Penal” - Boletim do IBCCrim n. 40, afirma que “*foram tantas as expressões estrangeiras, que passaram a fazer parte de nosso vocabulário, que parece útil trazer outra contribuição, sugerindo o anglicismo: fishmarket. Afinal, no admirável mundo novo do processo penal, precisa-se de compreender o significado de “plea bargaining”, de “probation” e até “guilt plea”, para assim, se mostrar moderno. Nada contra ir buscar lá fora institutos jurídicos, que trouxeram bom resultado noutra sistema*

totalmente contrários a tais mudanças.²¹

Neste ponto, estamos com Alberto Silva Franco²², "*nem tanto ao céu, nem tanto à terra*, é inegável que a Lei 9.099/95 trouxe várias inovações positivas para o Processo Penal, mas muitas questões precisam, ainda, ser repensadas, além de existir, no diploma em apreço, uma série de contradições, omissões e impropriedades.

Então, indo ao encontro de todas as aspirações de maior preocupação com a vítima, o instituto da suspensão condicional do processo, juntamente com a transação penal demonstram uma mudança de comportamento em nossa Justiça Criminal.

Com efeito, o inciso I do Parágrafo 1º. do artigo 89 da Lei 9.099/95 exige como condição para a concessão do benefício, a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Neste novo sistema, já não existe somente a preocupação de atender a preocupação punitiva do Estado. Ganhou relevo o atendimento à expectativa do vítima.²³

Deve haver cautela, entretanto, para se evitem demandas temerárias com denúncias caluniosas visando extrair proveito financeiro da situação. Além disso, outras vezes, não havendo prova efetiva do prejuízo, ou sendo este a critério subjetivo da vítima, a mesma pode querer usar tal condição para impedir o benefício ao acusado.

Assim, sempre que houver dúvida sobre a existência ou a dimensão do prejuízo, ou no caso dos sujeitos processuais não chegarem a uma composição,

penal. A questão não é essa. Será que nossos legisladores viram, efetivamente, como funcionam essas regras processuais? Teriam eles tomado conhecimento da literatura jurídica atual sobre tais previsões legais? Levaram em conta as diferenças culturais, adequando a lei ao Brasil de outras faces? (...) Necessita-se, todavia, de ter consciência: o marketing tem força: Basta ler comentários sobre a nova legislação coletando expressões (verdadeira revolução..., processo de resultados ou luz no fim do túnel...) para ver o que se pretende vender ao grande público(...) Em suma, não se cre na submissão da toga à barganha imoral, muito menos à violação da ampla defesa, ou do estado de inocência, Enfim, aqueles que aprenderam, ao lado dos réus, o quanto importa a verdade material, dificilmente acatarão o que se resolveu chamar de 'verdade consensuada', que mais parece locução de Nelson Rodrigues do que algo sério em processo penal. Essa a impressão. O dia-a-dia do fórum mostrará quais serão os odores que o fishmarket irá exalar...".

²² ob. cit.²¹ Antonio Sérgio A de Moraes Pitombo, in "Fishmarket ou novo Processo Penal" - Boletim do IBCCrim n. 40, afirma que "foram tantas as expressões estrangeiras, que passaram a fazer parte de nosso vocabulário, que parece útil trazer outra contribuição, sugerindo o anglicismo: fishmarket. Afinal, no admirável mundo novo do processo penal, precisa-se de compreender o significado de "plea bargaining", de "probation" e até "guilt plea", para assim, se mostrar moderno. Nada contra ir buscar lá fora institutos jurídicos, que trouxeram bom resultado noutra sistema penal. A questão não é essa. Será que nossos legisladores viram, efetivamente, como funcionam essas regras processuais? Teriam eles tomado conhecimento da literatura jurídica atual sobre tais previsões legais? Levaram em conta as diferenças culturais, adequando a lei ao Brasil de outras faces? (...) Necessita-se, todavia, de ter consciência: o marketing tem força: Basta ler comentários sobre a nova legislação coletando expressões (verdadeira revolução..., processo de resultados ou luz no fim do túnel...) para ver o que se pretende vender ao grande público(...) Em suma, não se cre na submissão da toga à barganha imoral, muito menos à violação da ampla defesa, ou do estado de inocência, Enfim, aqueles que aprenderam, ao lado dos réus, o quanto importa a verdade material, dificilmente acatarão o que se resolveu chamar de 'verdade consensuada', que mais parece locução de Nelson Rodrigues do que algo sério em processo penal. Essa a impressão. O dia-a-dia do fórum mostrará quais serão os odores que o fishmarket irá exalar...".

²² ob. cit.

²³ Luiz Flávio Gomes, Suspensão Condicional do Processo, 1995, p. 112

ainda deve ser pleiteado eventual ressarcimento no juízo cível, não podendo, na dúvida, impedirem-se benefícios aos acusados na esfera criminal.

De qualquer forma, nos inúmeros casos em que existe o ressarcimento do dano, a lei 9.099/95 já mostrou ter uma maior preocupação com a vítima do que no sistema penal tradicional.

Outro diploma recente que demonstrou preocupação com a vítima foi a lei 9.714 de 25 de novembro de 1998, que alterou dispositivos do Código Penal disciplinando as chamadas penas alternativas.

Uma destas chamadas “penas alternativas” é a de prestação pecuniária que, conforme o artigo 45 de referida lei, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz não inferior a 1 salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos.

A finalidade desta sanção não está fundada apenas na punição do agente e sim em reparar o dano provocado à vítima, trazendo maior efetividade à justiça.

Como é cediço, a vítima não reclama compaixão e sim respeito a seus direitos. Muitas vezes, para a vítima, de nada adiantaria somente a punição do delinqüente se ela não tivesse ressarcido seu prejuízo.

O perigo deste “redescobrimento” recente da vítima pelas ciências criminais é que deve se ter o devido cuidado para não restabelecer a justiça privada, com todos os seus inconvenientes sabidos. Além disto, não se pode usar esta justa preocupação a pretexto de limitar direitos e garantias dos acusados. Por fim, deve se evitar o mercantilismo, com supostas vítimas querendo tirar proveito da situação com acusação infundadas.

4.1. O PROGRAMA DE PROTEÇÃO À VÍTIMAS E TESTEMUNHAS

O programa de políticas públicas no sentido de garantir a proteção de vítimas e testemunhas, que é freqüente em outros países como nos EUA, no Brasil é recente. Atribui-se tal idéia a uma experiência ocorrida no estado de Pernambuco, desde 1.995, denominado Provita, por uma organização não-governamental.

O projeto Provita garantia às vítimas e testemunhas, mudança sigilosa de residência, monitoramento por equipes especializadas em segurança e acompanhamento de tais pessoas.

Em 1996, o Programa Nacional de direitos Humanos, ligado ao Ministério da Justiça efetuou um convênio com os estados de Pernambuco, Bahia e Espírito Santo com igual finalidade.

Finalmente, a Lei número 9.807, de 13 de julho de 1999, estabeleceu normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção à vítimas e testemunhas ameaçadas, instituindo o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas, além de outras disposições. Além disso, a legislação em apreço autoriza o Poder Público celebrar convênios e acordos com esta finali-

dade.

O programa compreende, entre outras, as seguintes medidas:

I- segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II- escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III- transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV- preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V- ajuda financeira mensal para prover despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI- suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII- apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII- sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX- apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

A idéia, neste ponto, é salutar resta verificar ao longo do tempo a efetividade e a aplicabilidade de tais disposições.

Por outro lado, a mesma lei em exame, trouxe novamente uma chamada “proteção” aos réus colaboradores, desde que dessa colaboração tenha resultado. Neste outro aspecto, algumas ressalvas devem ser feitas. De início, deve ser ressaltado que o Estado está reconhecendo totalmente sua incompetência ao ser obrigado a fazer acordos com criminosos para conter a criminalidade. De outra parte, já que decidiu fazer acordos, teria que oferecer, realmente, uma segurança para quem “colabora” e não é o que se vê no cotidiano. Por fim, a questão da delação é uma questão cultural que não se impõe por meio da lei, sendo que, enquanto em outros países criminosos arrependidos são vistos até como heróis, entre nós esta mesma pessoa é considerada um traidor, que delinqüiu e ainda traiu os “companheiros”.

De qualquer forma, conforme afirmado, quanto a proteção de vítimas e de verdadeiras testemunhas, que não tenham vínculo com os criminosos, as medidas são necessárias.

Atualmente, foram implantados vários Centros de Apoio à vítimas de crimes. Com efeito, em 1999 tal fato se deu nos Estados de Santa Catarina e Paraíba; em 2000, em São Paulo e em Minas Gerais e em 2001 foram criados mais 02 novos centros em municípios de Santa Catarina e na região de João Pessoa. Além disto, existem Centros, em fase de implantação, no Rio de Janeiro, Espírito Santo, Bahia e Alagoas.

Destarte, diante do analisado, já se percebe no Direito Penal, na Ciminologia e no Direito Processual Penal moderno uma maior preocupação com a vítima, que ficou esquecida por muito tempo.

BIBLIOGRAFIA:

- FARIAS JÚNIOR, João. Manual de Criminologia, Curitiba: Juruá, 1996.
- FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo penal, São Paulo: Malheiros, 1995
- FRANCO, Alberto Silva. Os questionamentos provocados pela Lei 9.099/95 - Boletim 35 do IBCCrim.
- GARCIA, Basileu Garcia. Instituições de Direito Penal, Vol 1, T. I, São Paulo: Max Limonad, 1971
- GRANOVER, Ada Pelegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*, 2^a ed., Forense Universitária, 1990
- GOMES FILHO. Antonio Magalhães, Juizados Especiais Criminais, Revista do Advogado, n. 50, agosto/97
- GOMES, Luiz Flávio, A suspensão condicional do processo penal, São Paulo: RT, 1995.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius. A suspensão condicional do processo na ação penal privada, Porto Alegre: Síntese, 2000;
- SILVA, Marco Antonio Marques, O acesso à justiça penal e o Estado Democrático de Direito, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001
- MALATESTA, Nicola Franmarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal, Tradução da 3^a edição de 1912 de Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller,
- MOLINA, Antonio Garcia- Pablos. Criminologia, São Paulo: RT, 1992.
- NORONHA. E. Magalhães. Direito Penal, Vol 1, São Paulo: Saraiva, 1987
- PITOMBO, Antonio Sérgio A de Moraes. "Fishmarket ou novo Processo Penal" in- Boletim do IBCCrim número 40