

Mitteilungen der Deutsch - Brasilianischen Juristenvereinigung

WWW.DBJV.DE

**Heft 1 / 2005 (23. Jahrgang)
Mai 2004**

Inhalt

Bericht der Jahrestagung 2004 in Regensburg (Bernhard Lippsmeier, LL.M.).....	1
Protokoll der Mitgliederversammlung.....	2
Interna DBJV.....	16
A simulação no novo Código Civil brasileiro (Dr. Renata Martins, LL.M.).....	18
Ação civil pública ambiental e a fauna – aspectos relevantes (Bruno Campos Silva).....	29

Impressum

Herausgeber:

Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.
Bethmannstraße 50 - 54, 60311 Frankfurt am Main
Vereinsregister Nr. 8076,
Bankkonto: Deutsche Bank Essen, Nr. 1312487, BLZ 36070050

Vorstand:

Rechtsanwalt Dr. Jan Curschmann, Vorsitzender, c/o Taylor Wessing,
Baumwall 7, 20459 Hamburg;
Prof. Dr. Wolf Paul, Feldbergstraße 96 d, 61398 Schmittgen;
Rechtsanwalt Andreas Sanden, c/o Zilveti e Sanden Advogados Associados,
Rua Haddock Lobo, 337 – 5º andar, 01414-001 São Paulo – SP / Brasilien;
Rechtsanwältin Gisela Puschmann, c/o Puschmann & Veiga, Lurgiallee 6-8,
60439 Frankfurt am Main;
Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, 93183 Kallmünz

Sekretariat:

Rechtsanwältin Gisela Puschmann, c/o Puschmann & Viegas, Lurgiallee 6-8,
60439 Frankfurt am Main, Tel.: 069 - 957359-0, Fax: 069 - 957359-10,
e-Mail: info@dbjv.de

Redaktion der Mitteilungen:

Rechtsanwalt Bernhard Lippsmeier, LL.M.,
Tel.: 069 - 269688-52, Fax: 069 - 269588-50, e-Mail: redaktion@dbjv.de

Die DBJV im Internet: www.dbjv.de

Die Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung ist gemeinnütziger Verein im Sinne der §§ 52 ff. AO mit dem Ziel, die bilaterale Kooperation auf juristischer und wissenschaftlicher Ebene zu fördern.

Nachdruck nur mit schriftlicher Genehmigung der Autoren und des Herausgebers.

Lebensmittelrecht in Brasilien und Deutschland
**Bericht von der XXIII. Jahrestagung der Deutsch-
Brasilianischen Juristenvereinigung in Regensburg**

Bernhard Lippsmeier, LL.M.*

Die XXIII. Jahrestagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung (DBJV)¹ fand vom 11. bis 14. November 2004 in Regensburg statt. Tagungsort war das Auditorium des Thon-Dittmer-Palais, einem repräsentativen und architektonisch wertvollen ehemaligen Palais im Herzen der Altstadt.

Thema der Tagung war das immer noch unterschätzte, aber mittlerweile stärker in den Fokus der Öffentlichkeit rückende Lebensmittelrecht. Ein direkter Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Brasilien konnte und sollte nicht gezogen werden, da zu große grundlegende Systemunterschiede bestehen: Deutschland hegt eine langjährige, mittlerweile vornehmlich gemeinschaftsrechtlich bestimmte, Tradition des Schutzrechts, die auf das Recht auf gesunde Lebensmittel zielt. In Brasilien ist das Lebensmittelrecht stärker in einen rechtsökonomischen Kontext eingebettet

und ist so Teil des Ressourcen-, Agrar- und Wirtschaftsentwicklungsrechts. Gleichwohl kann von einer gleichen Problemsituation im Zuge der Industrialisierung der Lebensmittelproduktion sowie deren Folgen für die Verbraucher ausgegangen werden. Auch hat die informationelle Manipulation von Lebensmitteln und Verbrauchern inzwischen vergleichbare Entwicklungen genommen. Das Verbraucherschutzrecht bietet so Berührungspunkte.

I. Begrüßungsabend

Die örtliche Organisatorin, Frau Irene Haagen, lud die Tagungsmitglieder in die zünftige Traditions-gasstätte „Brauerei Kneitinger“, welche ihre Wurzeln im 15. Jahrhundert findet. In bayrisch-traditioneller Atmosphäre konnten dabei alte Bekanntschaften aufgefrischt und Neue geschlossen werden. Die regionale Küche mit Schweinshaxen, Bratwürsten und Leberkäse schmeckte zum selbstgebrauten Bier und lud zum ersten „inoffiziellen“ Diskurs des Tagungsthemas ein. In Hommage an

* Rechtsanwalt in Frankfurt und Doktorand an der Johann Wolfgang Goethe-Universität.

¹ Sekretariat der Vereinigung: Frau Rechtsanwältin Gisela Puschmann, c/o Puschmann & Veiga, Lurgi-allee 6-8, 60439 Frankfurt am Main, Tel.: 069 - 957359-0, Fax: 069 - 957359-10, e-Mail: info@dbjv.de.

das regionalen Brauchtum und die deutsche Gemütlichkeit spielten „d' Wadlbeißer“ in krachledernder Montur zu traditioneller bayrischer Wirtshaus- und Tanzbodenmusik auf. Spätestens bei der „Wirtshauspolka“ wurde sich den überschüssigen Kalorien entledigt und die stramme Wade geschwungen. Bei den zumeist sambagewohnten Tanzbeinen zeigten sich bemerkenswerte Talente.

II. Eröffnung der Tagung

Am nächsten Tag erfolgte die offizielle Eröffnung der Tagung durch den Präsidenten der DBJV, Herrn Dr. Jan Curschmann. Er begrüßte die Teilnehmer und unterstrich in seiner Ansprache die historische Bedeutung und Größe von Regensburg. So schwang sich Regensburg, strategisch günstig an der Donaumündung von Naab und Regen gelegen, bereits im 12. Jahrhundert zu einem der wohlhabendsten und dicht besiedeltsten Orte in ganz Deutschland auf. Später, zwischen 1663 und 1806, tagte dort der immerwährende Reichstag. Kurzum: Eine Stadt mit damaliger politisch-strategisch und heutiger historisch herausragender Bedeutung für Deutschland und Europa.

III. Vorträge

1. O Direito Alimentário no Brasil – Dra. Leticia Rodrigues da Silva

Das Eröffnungsreferat hielt Dra. Leticia Rodrigues da Silva von der

Agência Nacional de Vigilância Sanitária² (ANVISA) aus São Paulo. Sie führte aus brasilianischer Sicht die Teilnehmer in das Tagungsthema ein und stellte die Arbeit ihrer Behörde vor.

Die rechtliche Grundlage bildet das Gesetz n° 9782 vom 26. Januar 1999. Mit der ANVISA wurde eine Überwachungsbehörde geschaffen, die zwar an das Gesundheitsministerium per Managementvertrag angegliedert ist, aber dennoch finanziell und administrativ unabhängig bleibt. Oberstes Ziel ist der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf der dezentral organisierten Überwachung der Einhaltung von Qualitätsmaßstäben bei der Produktion von Lebensmitteln und ähnlichen Produkten sowie der Durchführung von Marktzulassungsverfahren. Dabei sind (i) biologische, (ii) physische und (iii) chemische Risiken für Mensch und Natur zu analysieren, quantifizieren und qualifizieren. Im ersten Fall handelt es sich um Hygienebedingungen, die bei der Lebensmittelherstellung (sog. „boas práticas de produção“) als auch bei der Lagerung und beim Transport zu beachten sind, um so Gesundheitsschäden für den Menschen zu verhindern. Hierbei handelt es sich um dauernde Überwachungen der Herstellungsbetriebe. Außerdem soll durch Kontrollen der Landesgrenzen an Flug- und Seehäfen sowie Landübergängen das Einschleppen von Krankheiten verhindert werden. Die Gefahrenbannung vor Cholera, insbesondere aus dem

² www.anvisa.gov.br

benachbarten Peru, als auch vor der sog. Vogelgrippe aus Asien sind beispielhaft für eine solche Fiskalisation. Von sog. physischen Risiken ist u.a. die Manipulation mittels Radioaktivität gemeint. In der Vergangenheit, so berichtete Dra. da Silva, hätte es keine Fälle derartiger Behandlung von Lebensmitteln in Brasilien gegeben. Allerdings sei in jüngster Zeit vermehrt registriert worden, dass Importware aus China mit radioaktiver Strahlung versetzt worden sei, um so z.B. die Konservierungseigenschaften des betreffenden Lebensmittels zu optimieren. Akuter sei hingegen die chemische Belastung von Lebensmitteln. Brasilien sei stark Insektenplagen ausgesetzt, so dass infolge Lebensmittel häufig durch die Vielzahl und auch unsachgemäße Nutzung von Pestiziden und anderen chemischen Mitteln kontaminierte seien. Die Vortragende betonte, auch bereits zugelassene Produkte könnten im Falle der Weiterentwicklung von Analysemethoden oder aber auch bei neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen einer erneuten Prüfung unterzogen werden. Häufig läge eine solche Entscheidung bzw. Empfehlung allerdings nicht bei der ANVISA, sondern bei internationalen Organisationen. In Brasilien stecken Zulassungsverfahren für Lebensmittel jedoch noch in den Anfängen, ein solches Verfahren sei bis heute, nach Aussage der Vortragenden, nur für Soja durchgeführt worden.

Bei der Risikoüberwachung sei man bereits weiter, versicherte Dra. da Silva. So besteht u.a. seit 2002 eine Langzeituntersuchungsreihe, bei

der roh zu verzehrende Lebensmittel wie Möhren, Tomaten, Äpfel, Erdbeeren, etc. auf Kontaminationen untersucht werden und die Ergebnisse regelmäßig veröffentlicht werden. Auch sind mittlerweile 32 Informations- und Überwachungszentren in Brasilien eingerichtet worden sowie weitreichende Informationen verfügbar, die über das Internet abrufbar sind. Gleichzeitig stellte sie fest, dass die Arbeit der ANVISA noch in den Kinderschuhen steckt. Von einer umfassenden oder gar flächendeckenden Überwachung könne nicht gesprochen werden, denn dafür sei Brasilien zu groß und die Ressourcen ihrer Behörde noch zu beschränkt. Schließlich sprach sie auch das Problem der rechtlichen Legitimation der Arbeit ihrer Behörde an. So würde die ANVISA auf Gebieten regulierend aktiv für die es noch keine gesetzlichen Regelungen gibt. Ein solches Vorgehen ruft Kompetenzstreitigkeiten zwischen anderen staatlichen Behörden der öffentlichen Verwaltung hervor.

2. Glanz und Elend des Lebensmittelrechts – Prof. Dr. Wolf Paul

Im Anschluss näherte sich Prof. Wolf Paul von der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt dem Lebensmittelrecht auf dem philosophischen Wege eines bekennenden Gourmets. Mit gekonnter Ironie und Witz begab er sich auf den Weg, dieses Rechtsgebiet, das ihm als Mann der Rechtswissenschaft und Freund der guten Küche lange Zeit verborgen war, zu

(er)fassen. So beschrieb er seinen schwierigen Weg der Ortung, der Auffindbarkeit des Lebensmittelrechts. In den Buchhandlungen Rio de Janeiros wurde ihm bei der Frage nach Publikationen auf dem Gebiet des Direito Alimentário der Weg hin zum familienrechtlichen Unterhaltsrecht, dem Direito dos Alimentos, gewiesen. In Frankreich, so sagte man ihm, hätten man so etwas gar nicht nötig. Selbst in Deutschland, dem Land voller Regeln und Gesetze, ist dieses Rechtsgebiet kaum bekannt. In der universitären Lehre und Forschung kommt es, so Prof. Paul, schon gar nicht vor.

Trotz dieser Schwierigkeiten handelt es sich um ein Rechtsgebiet, welches mittlerweile stark in den Fokus der Aufmerksamkeit der Politiker geraten ist. So setzte in den letzten Jahren eine Wut der Rechtserlasse, in Europa vornehmlich gemeinschaftsrechtlich geprägt, ein: Über 40 Gesetze und 120 Verordnungen seien mittlerweile verabschiedet worden. Grund ist vornehmlich der Drang nach „Lebensmittelsicherheit“, hervorgerufen durch die Industrialisierung der Lebensmittelproduktion. So sind aufgrund von unerwünschten Nebenfolgen bei der Herstellung, z.B. durch Einsatz der Gentechnik, ständig Neuregelungen notwendig.

Der Schutz des Verbrauchers, zumindest in Europa, ist oberstes Prinzip. Der Ansatz sei mittlerweile so, dass der Verbraucher alles essen können muss, auch wenn er gar nicht weiß, was er isst. Das Lebensmittelrecht, sei zwar geprägt

von vom Gedanken des Verbraucherschutzes, doch könnten die meisten den Inhaltsangaben auf den Verpackungen nicht mehr folgen. Doch viele wollten auch gar nicht mehr folgen, da aufgrund der Regelungsübermacht ein Klima des blinden Vertrauens seitens des Verbrauchers geschaffen worden ist. In den wenigsten Fällen könne man von dem „vernünftigen“ Verbraucher ausgehen, der sich kritisch mit dem Lebensmittelprodukt auseinandersetzt. Doch gerade dies dürfe, nach Ansicht Pauls, nicht sein. Gleichzeitig gab er aber auch zu, dass es schier unmöglich sei, sich diesem Klima des Vertrauens zu entziehen. Neben dem Unverständnis der Sprache auf den Verpackungen, könne man sich dem industriell hergestellten Lebensmittel kaum entziehen. Vom Maggi-Würfel bis zur Gen-Tomate sind bereits 80% aller Lebensmittel in Fabriken hergestellt. Hinzukommen die irreführenden Aussagen der Werbung, die Spaß oder sogar Förderung der Gesundheit bei Verzehr versprechen. Deshalb könne man, so Paul, nur noch in blindes Vertrauen verfallen. Frei nach dem Motto Lenins „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“, muss es heute heißen: „Vertrauen ist bestens, Kontrolle darf sein, blindes Vertrauen muss sein“. Trotz allem sei aber, nach Ansicht des Gourmets Pauls, der authentische Geschmack noch nicht abhanden gekommen. Der bewusste Genuss sei noch möglich, auch wenn es solche Erscheinungen wie die europäische Mayonnaise-Verordnung gibt.

3. Gentechnik und Lebensmittelrecht – Brasilien und Deutschland

a. Política Brasileira relativa a Produção e Comercialização de Organismos Genéticamente Modificados – Dr. Alcides Maroli

Nach der Mittagspause folgten Vorträge aus brasilianischer und deutscher Perspektive im Kontext des aktuellen und kontroversen Thema der gentechnischen Veränderung von Lebensmitteln.

Zunächst sprach Dr. Alcides Maroli von Monsanto do Brasil aus São Paulo über die Situation in Brasilien. Im Mittelpunkt standen die Bemühungen des multinationalen Konzerns Monsanto, genmanipuliertes Soja in Brasilien marktfähig zu machen. Der Vortragende skizzierte chronologisch die Ereignisse bis zum heutigen Zeitpunkt.

In den 80er Jahren war Monsanto einer der Wegbereiter der Gentechnik in Europa, allerdings habe es Versäumnisse bei der Öffentlichkeitsarbeit gegeben. So ist es dazu gekommen, dass in den USA diese neue Technik Anklang und Vertrauen fand, in Europa ihr sie jedoch versagt blieb. In Brasilien, so Dr. Maroli, haben man dagegen keinerlei Vertrauen in die Regulierungs- und Überwachungsbehörden. 1995 löste das Gesetz “Lei da Biosegurança” (8974/95) das zuvor bestehende Lizenzierungsverfahren, das sog. „Licenciamento“ ab. Nach Aussage von Herrn Morali, brachte dieses Gesetz fundamentale Neue-

rungen bzgl. des Zulassungsverfahrens von gentechnisch veränderten Lebensmitteln, doch in der Praxis hätte es kaum jemand verstanden. Zu diesem Zeitpunkt gab es auch kaum Rechtsanwaltskanzleien mit dem Schwerpunkt Biotechnologierecht, die der Industrie hätten weiterhelfen können, da es sich um ein neues Rechtsgebiet handelte. In diesen Zeitraum fielen die ersten illegalen Importe von genmanipuliertem Sojasaatgut aus Argentinien. Gleichzeitig wuchs der von der Umweltschutzorganisation Greenpeace initiierte Widerstand. Trotz des neuen Gesetzes, sowie einer im Jahre 2000 erlassenen Medida Provisória und der Bemühungen um eine Studie zu den Risiken und Auswirkungen auf die Umwelt von gentechnisch verändertem Sojasaatgut blieb Monsanto in seinen Zulassungsbemühungen in Brasilien erfolglos. Die beteiligten Behörden hätten, so beklagte sich der Vertreter von Monsanto, sogar teilweise gegeneinander gearbeitet. Während dieser Bemühungen sei die illegal aus Argentinien eingeführte genmanipulierte Sojaaussaat im Staate Rio Grande do Sul im Süden Brasiliens bereits geerntet worden. Als damaliger Präsidentschaftskandidat versprach Lula, so Dr. Maroli, ein Moratorium zu diesem Thema, ließ jedoch nach seiner Wahl keine Taten folgen. Die Regierung Lula nahm sich lediglich der Problematik des illegal eingeführten und mittlerweile geernteten gentechnisch veränderten Sojas an. So attestierte sie 2003 grundsätzlich die Sicherheit von gentechnisch manipuliertem Soja, mit dem Ziel es nach China zu exportieren. Anschlie-

ßend, so prangerte der Vortragende an, erlaubte die Regierung die Kommerzialisierung der Ernte des illegal eingeführten Sojasaatgutes 2002/2003 mittels einer Medida Provisória. Darüber hinaus wurde sodann mit dem Decreto 4.680/2003 die Kennzeichnungspflicht von gentechnisch veränderten Lebensmitteln eingeführt (ab 1%).

Nach Ansicht von Dr. Maroli setzte sich diese Ungleichbehandlung von Monsanto und den Anbauern des illegal eingeführten gentechnisch veränderten Sojasaatgutes auch 2004 fort. So genehmigte die Regierung Lula nicht nur den Anbau, sondern auch erneut die Kommerzialisierung der jüngsten Ernte des illegal eingeführten Sojasaatgutes. Die Produkte von Monsanto würden aber immer noch gebrandmarkt, deren Zulassung erschwert bzw. sogar behindert und deren Verkauf unmöglich gemacht. Dies würde geschehen, obwohl zur selben Zeit die Europäische Union als potentieller Absatzmarkt gentechnisch veränderten Mais anerkennt und genehmigt. Auch hätten Versuchsreihen ergeben, dass gentechnisch veränderte Lebensmittel gesünder sein können als herkömmliche produzierte Lebensmittel.

b. Gentechnisch veränderte Lebensmittel in der Europäischen Union und in Deutschland, Rechtsrahmen, Praxis, Perspektiven – Dr. Christian Keller

Zum Abschluss der ersten Tages der Tagung referierte Herr Dr. Christi-

an Keller vom Robert Koch-Institut in Berlin über die rechtlichen Rahmenbedingungen in der Europäischen Union und Deutschland hinsichtlich Lebensmittel, die aus gentechnisch veränderter Organismen (GVO) bestehen, solche enthalten oder aus solchen hergestellt werden. Er skizzierte zunächst einige grundlegende Aspekte zu dem Thema, wie die verschiedenen Möglichkeiten und Arten von gentechnischen Veränderungen, die Gegenstände der Zulassung als auch die wirtschaftliche Bedeutung.

Anschließend widmete er sich systematisch und detailliert dem Zulassungsverfahren solcher Produkte und deren rechtlicher Grundlagen. Als Ausgangspunkt seiner Erläuterungen diente zum einen die sog. Freisetzungsrichtlinie³ sowie die Novel Food Verordnung⁴ aus den Jahren 1990 und 1997, die als Anfang der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen auf dem Gebiet der gentechnisch veränderten Lebensmittel angesehen werden können. Abgelöst wurden diese rechtliche Rahmenbedingungen im Jahre 2001 bzw. 2003 von den heute gültigen, das Zulassungsverfahren bestimmenden Normen: der Richtlinie 2001/18/EG⁵ und der Verordnung

³ Richtlinie 90/220/EWG des Rates vom 23.04.1990 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt.

⁴ Verordnung Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.01.1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten.

⁵ Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.03.2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG (ABl. EG Nr. L 106 vom 17.04.2001).

Nr. 1829/2003⁶. Letztere wurde 2004 von einer Verordnung ergänzt, welche die Durchführungsbestimmungen zum Zulassungsverfahren neuer genetisch veränderter Lebens- und Futtermittel umfasst. Diesen Rechtsrahmen ergänzen weitere Verordnungen, die u.a. Regelungen zur Rückverfolgbarkeit und Kennzeichnung von aus GVO hergestellten Lebens- und Futtermitteln enthalten⁷. Zusätzlich bilden sie die rechtliche Grundlage für bestimmte allgemeine Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts in der europäischen Union als auch für die Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit („European Food Safety Authority“, EFSA⁸). Zu beachten ist, dass aufgrund der sehr hohen öffentlichen Aufmerksamkeit und der politischen Brisanz das Risikomanagement sowie die endgültige Entscheidung über die Zulassung von gentechnisch veränderten Lebens- oder Futtermittel nicht bei der EFSA selbst, sondern bei der EU-Kommission oder dem EU-Ministerrat liegt. Somit besteht in der EU ein rechtlich novellierter Rahmen sowie ein institutioneller Aufbau einer Risikobewertung auf diesem Gebiet. Anschließend ging Herr Dr. Keller auf die Einzelheiten

⁶ Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.09.2003 über genetisch veränderte Lebensmittel (ABl. EG Nr. L 268 vom 18.10.2003).

⁷ Verordnung (EG) Nr. 1830/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.09.2003 über die Rückverfolgbarkeit und Kennzeichnung von aus gentechnisch veränderten Organismen hergestellten Lebens- und Futtermitteln (ABl. EG Nr. L 268 vom 18.10.2003), („Traceability and Labeling“).

⁸ www.efsa.eu.int.

der Zulassungsverfahren nach der oben genannten Regelungen ein. Wichtiger Maßstab für die Risikoprüfung und Sicherheitsbewertung ist die Frage, ob das zur Zulassung beantragte Produkt vergleichbar sicher ist wie ein in diesem Bereich nach herkömmlichen Methoden hergestelltes Erzeugnis. Besonders wichtige Aspekte sind darüber hinaus die Kennzeichnungspflichten und die notwendige Möglichkeit der Rückverfolgbarkeit des Produkts während der gesamten Wertschöpfungskette.

Kurz streifte der Vortragende das Protokoll von Cartagena aus dem Jahre 2000⁹, eine internationale Vereinbarung, die von den Mitgliedsstaaten der EU im gleichen Jahr unterzeichnet worden ist und in Deutschland 2003 ratifiziert wurde. Dieses Abkommen stellt zum einen den Informationsaustausch zwischen den Unterzeichnern mittels einer Informationsstelle sicher, zum anderen enthält es Regelungen für den Export von GVO, die in die Umwelt ausgebracht werden und die unmittelbar in Lebens- und Futtermitteln Verwendung finden. Im Schlussteil seines Vortrags kam Herr Dr. Keller auf die rechtlichen Bedingungen in Deutschland zu sprechen. Dabei konzentrierte er sich auf die Novellierung des gültigen Gentechnikgesetzes (GenTG)¹⁰, welche sich auf die Umsetzung der europäischen Richtlinie 2001/18/EG gründet und wichtige Aspekte wie die Rückverfolgbarkeit und Fragen der Haftung

⁹ Cartagena Protocol on Biosafety vom 29.01.2000.

¹⁰ Gesetz zur Neuordnung des Gentechnikrechts (BR-Drs. 487/04).

regelt. Daneben sprach er geplante Rechtsverordnungen an, die u.a. die gute fachliche Praxis bei der Erzeugung von gentechnisch veränderten Pflanzen regelt¹¹.

**c. A lei da Biosegurança no Brasil
– Dr. Paulo de Bessa Antunes**

Das Eröffnungsreferat des zweiten Tages der Tagung hielt der renommierte Umweltrechtler Dr. Paulo de Bessa Antunes von Dannemann, Siemsen Meio Ambiente Consultores aus Rio de Janeiro. Er berichtete über das brasilianische Gentechnikgesetz, a lei da Biosegurança do Brasil, und setzte dabei den Schlusspunkt zu dem Abschnitt Gentechnik und Lebensmittelrecht. Die grundsätzliche Novellierung erfolgte im Jahre 1995 durch das Gesetz Nr. 8974¹². Dr. Antunes konzentrierte sich, ob des komplexen Themas, auf verbraucherschutzrechtlichen Aspekte. Den Zuhörern machte er zunächst deutlich, mit welchem Symbol Produzenten in Brasilien ihre Produkte beschriften müssen, wenn sie gentechnisch manipuliert sind (sog. Transgenicos): ein schwarz umrandetes gelbes Dreieck mit einem schwarzen T in der Mitte. Gleichzeitig wies er auf die große Ähnlichkeiten mit dem Symbol für Radioaktivität hin, welches ebenfalls ein schwarz umran-

detes gelbes Dreieck ist. Mit der Wahl eines solchen Symbols suggeriert der Gesetzgeber dem Verbraucher eine Gefahr und ruft Panik hervor, ohne detailliert zu informieren. Mit dieser Ausnutzung der plakativen Symbolkraft werde die Angst vor gentechnisch manipulierten Lebensmitteln hervorgerufen und ausgebaut, so der Referent.

Der Verbraucherschutz in Brasilien ist in der Verfassung verankert und findet seine Ausgestaltung in dem Gesetz Nr. 8087 vom 11. September 1990. Nach Artikel 6 hat der Verbraucher u.a. das Recht auf bestimmte Produktinformationen, wie Preis, Inhaltsstoffe, Menge. Die gleiche Norm gibt ihm auch das Recht über etwaige Risiken des Produkts aufgeklärt zu werden. Nach Artikel 9 wird der Produzent auch rechtlich verpflichtet dieses zu tun. Somit könnte, so der Referent, eine Kennzeichnung mittels des genannten Symbols im Lichte des Verbraucherschutzes legitimiert, sogar notwendig sein. Allerdings weist er auch auf die Regelungen bzgl. Werbung im brasilianischen Verbraucherrecht hin. Danach muss Werbung so gestaltet sein, dass sie der Verbraucher als solche auch erkennen kann (Artikel 36). Außerdem darf sie nicht irreführend sein (Artikel 37). Doch gerade hier setzt die Problematik des vorgeschriebenen Symbols ein, so Dr. Antunes. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, stelle die vorgeschriebene Nutzung des Symbols sogar eine Irreführung, gar eine eindeutige Diskriminierung des Produkts dar. Ein weiterer wichtiger Aspekt ist die Haftung gegenüber

¹¹ sog. Gentechnik-Pflanzenerzeugungsverordnung (GenTpfIV), die auf § 16 Abs. 6 GenTG fußt.

¹² Lei n° 8974 vom 20. Januar 1995, welches die Anwendung von Gentechnik als auch die Freisetzung genetisch veränderter Organismen regelt, sowie die rechtliche Grundlage zur Einrichtung einer Gentechnik-Kommission (Comissão Técnica Nacional de Biosegurança) regelt. Mittlerweile abgelöst von Lei n° 11.105 vom 24. März 2005.

dem Verbraucher. Es handelt sich um eine verschuldensunabhängige Haftung, bei der die Beweislast beim Hersteller liegt (Artikel 12). Dieser kann sich in einem Schadensersatzprozess nur exkulpieren, wenn er u.a. beweisen kann, dass das Produkt nicht Ursache des Schadens war. Allerdings, so fragte der Referent, wie könne das bei einem gentechnisch veränderten Produkt möglich sein für das es keine wissenschaftlich erwiesene 100%ige Sicherheit gibt. Darüber hinaus wies Dr. Antunes auf die rechtlichen Folgen von Verstößen gegen das Verbraucherschutzrecht hin. So sind u.a. Verstöße gegen die Kennzeichnungspflicht auf der Verpackung mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bewährt. Dieses führe zu „Informationsexzessen“ auf den Verpackungen, welchen der Verbraucher gar nicht mehr folgen könnten, um dieser Kriminalisierung zu entgehen.

Allerdings, so stellte der Referent fest, gebe es in Brasilien zur Zeit noch kein Produkt, welches mit dem von ihm kritisierten Symbol versehen sein muss. Offiziell ist lediglich Soja als „Transgenico“ vorhanden. Grundsätzlich halte er die verbraucherschutzrechtliche Vorgabe der Informations- und Kennzeichnungspflicht von Produkten für sinnvoll. Allerdings stelle sich für ihn die Frage, warum „Transgenicos“ so anders zu behandeln sind als andere Produkte und mit einem „Gefahrensymbol“ versehen werden muss, dass einer Brandmarkung gegenüber dem Verbraucher gleichkommt.

4. Anforderungen an das neue Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände, und Futtermittelgesetzes an Produktion und Handel – Christian Meier

Der zunächst vorgesehene Referent, Herr Dipl. Chem. Enno Janssen vom Hessischen Dienstleistungszentrum für Landwirtschaft, Gartenbau und Naturschutz in Kassel musste sich wegen Krankheit entschuldigen lassen. Sein Vortrag über die Praxis der Futtermitteluntersuchung im Rahmen des Futtermittel- und Lebensmittelrechts wird in dem kommenden Tagungsband erhältlich sein. Aus diesem Grund kam es bereits mit dem Vortrag von Herrn Rechtsanwalt Christian Meier aus Frankfurt zum Abschluss der Fachvorträge bei der diesjährigen Tagung. Er sprach über die Anforderungen an das neue Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände, und Futtermittelgesetzes (LFGB) an Produktion und Handel.

Als Einführung in das Thema „verriet“ Herr Meier einige Einsichten in die Welt der industrialisierten Fertigung von Lebensmitteln. So wusste er u.a. von der Technik des schnittfertig verdicktem Wassers zu berichten, die häufig bei Tiefkühlprodukten Anwendung findet, um so Volumen oder Gewicht zu erhöhen. Auch sprach er über Stoffe, die eigentlich gar nichts in den jeweiligen Lebensmitteln zu suchen hätten, aber regelmäßig die eigentlichen Inhalte substituieren, so wie Schinkenersatzstoffe auf Tiefkühlpizzen oder Sägespäne in Jogurt. Allerdings, so der Referent, ge-

schmacklich aufgrund der künstlichen Aromen nicht mit dem natürlichen Produkt unterscheidbar.

Sodann kam Herr Meier auf das neue LFGB zu sprechen. Zum einen ist es die Angleichung des nationalen Rechts an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben durch die sog. Basisverordnung zum Lebensmittelrecht¹³, zum anderen verfolgt der deutsche Gesetzgeber damit die Zusammenführung einzelner Gesetze (sog. einheitlicher Regelungsansatz). Ziel ist eine bessere Handhabbarkeit sowie eine größere Transparenz der Normen. Außerdem soll dem europäische Ansatz „vom Acker bis zur Gabel“ („from farm to fork“), d.h. die Herstellung von Querverbindung der einschlägigen Regelungen des Produktionszyklus von Lebensmitteln, entsprochen werden. Allerdings, so der Referent, seien diese Ziel nicht erreicht worden. Trotz Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht bleibt das LFGB hinter den vorgegebenen Regelungen zurück. Das LFGB enthält im Wesentlichen lediglich Grundsatz- und Rahmenregelungen. Dafür sehen aber fast 150 Verordnungsermächtigungen die Übertragung der Regelungskompetenz auf die Exekutive vor. Auch für die Rückverfolgbarkeit von Lebens- und Futtermitteln, einem wesentlichen Prinzip des europäischen

Lebensmittelrechts sieht das LFGB lediglich eine solche Ermächtigung vor. Bei dem Prinzip der Rückverfolgbarkeit, besser „Traceability“, da weitgreifender, muss der Lebensmittelunternehmer seine eigene Produktion als auch im Sinne der Vorausverfolgung seine weitere Abnehmer erfassen und dokumentieren. D.h. es sollen Informationen über die gesamte Wertschöpfungskette zugänglich sein. Hierzu ist ein integriertes Qualitätsmanagement aller Beteiligten notwendig. Dadurch entsteht eine sog. Kettenverantwortung, die auch Lebensmittelunternehmer mit Sitz außerhalb der EU betreffen. Hauptgrund ist der Druck des Marktes, denn wenn ein Unternehmer mit Sitz in der EU die Rückverfolgbarkeit sicherzustellen hat, dann wird dieser es auch von seinem außergemeinschaftlichen Lieferanten verlangen. Hintergrund ist das sog. Vorsorgeprinzip¹⁴, wonach in Fällen möglicher gesundheitlicher Auswirkungen die entsprechenden Maßnahmen (wie z.B. das Zurückrufen einzelner Chargen von Lebensmitteln) eingeleitet werden können.

5. Museumsbesuch, Abendveranstaltung, Abschluss der Tagung und Danksagung

Auch in diesem Jahr konnten die Teilnehmer der Tagung der DBJV nicht nur interessante Referate hören und an den jeweils anschließenden ausgiebigen Diskussionen teilhaben, sondern auch gelungenen

¹³ Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit.

¹⁴ Art. 7 der Verordnung (EG) 178/2002.

Rahmen- und Abendveranstaltungen beiwohnen.

Aufgrund der bedauerlichen Erkrankung des Referenten Herrn Janssen wurde kurzfristig das Rahmenprogramm erweitert und den Tagungsteilnehmern die Möglichkeit geboten am Samstagnachmittag die Historie Regensburgs durch einen Besuch des Alten Rathauses näher kennen zu lernen. Hier schlug über Jahrhunderte das Herz der Freien Reichsstadt Regensburg. Es arbeiteten dort der Stadtrat und die Verwaltung, außerdem war dort - mit Gefängnis und Folterkeller im Untergeschoss - das Gerichtswesen ansässig. Höhepunkt war aber sicherlich der Besuch des Reichssaals und der dazugehörigen Beratungszimmer. Von 1663 bis 1806 tagte dort der Immerwährende Reichstag als festes Gremium vor Ort. Er brachte damals die große deutsche und europäische Politik und ihre Vertreter nach Regensburg. Die Atmosphäre inspirierte den ein oder anderen Teilnehmer als Kaisernachfolger auf dem Thron Platz zu nehmen und Huldigungen entgegenzunehmen. Manch einer zog hingegen die Bank des Klerus vor. Für die sich im Kellergewölbe befindliche Streckbank und die anderen Instrumente „zur Wahrheitsfindung“ fanden sich jedoch nicht annähernd so viele Freiwillige.

Nicht nur die Abendveranstaltungen, immer auch Höhepunkte bei einer Tagung der DBJV, sondern auch die Mittagessen fanden bereits in historischer Umgebung statt. So wurde zunächst am Freitag gemeinsam im Herzen der Altstadt gelege-

nen Gasthof „Dicker Mann“, sowie im, für seine Bratwürste berühmten, „Wurstkuchl“ gegessen. Orte, die mit Namen und den dargebotenen Speisen sich gut in das Tagungsthema einpassten. Die erste Abendveranstaltung im nahe gelegenen Kallmünz im Gasthaus „Zum Goldenen Löwen“ statt. Das malerische Kallmünz ist Sitz von Frau Haagens Kanzlei, der einzigen im Ort. Schnell war man sich unter den Teilnehmern einig, dass hier noch Platz und Bedarf für eine international agierende, sich auf deutsch-brasilianischen Rechtsverkehr spezialisierte, Großkanzlei ist. Die Tagung fand ihren festliche Abschluss im „Haus Heuport“, einem imposanten Patrizierhaus aus dem Jahre 1300. Bei klassischer Pianomusik genossen die Teilnehmer zunächst gekonnt gerührte Caipirinhas, um dann die ausgezeichnete Küche der Region zu genießen. Zu später Abendstunde klang die Tagung mit süffig gebrautem Bier örtlicher Brauerein in Vorfreude auf das nächste Jahr gemütlich aus.

Die Tagung fand ihren endgültigen Abschluss in der sonntäglichen Mitgliederversammlung und einem geführten Rundgang durch die Altstadt Regensburg, bei dem bei eisigen Temperaturen, aber strahlendem Sonnenschein nicht nur unsere brasilianischen Gäste und Tagungsteilnehmer manch interessante Anekdote über Regensburg erfuhr.

Ein ganz besonderer Dank gilt der lokalen Organisatorin, *Frau Irene Haagen*, Garantin für den perfekten Ablauf der Tagung. Mit besonderem Geschick und Fingerspitzengefühl

wusste sie das historische Ambiente Regensburgs mit einzubeziehen, so dass diese Tagung allen Teilnehmern nicht nur ob der Fachbeiträge in besonderer Erinnerung bleibt.

Alle Fachbeiträge werden in gewohnter Manier in Kürze in einem Tagungsband der Schriftenreihe der DBJV erscheinen. \\\

Protokoll
zur Mitgliederversammlung 2004 der Deutsch-Brasilianischen-
Juristenvereinigung e.V.
am Sonntag, den 14. November 2004,
im Hotel Bischofshof, Krauterermarkt 3, 93047 Regensburg
(Beginn: 9:30 Uhr)

Gegenwärtig:

Für den Vorstand
Dr. Jan Curschmann (Vors.)
Prof. Dr. Wolf Paul
Ralf Schmitt
Gisela Puschmann

sowie 24 Mitglieder der Vereinigung

TOP 1- Tätigkeitsbericht des Vorstandes

1. SEJUBRA

Herr Dr. Curschmann erklärte, dass der Versuch, zusammen mit der SEJUBRA im Jahre 2003 die Tagung in Curitiba als gemeinsame Veranstaltung zu organisieren,

nicht geglückt ist. Die beiden Vereinigungen DBJV und SEJUBRA würden sich aber bei Gelegenheit unterstützen: So habe ein ehemaliger DBJV-Referent, Herr Arne Wittig aus Frankfurt, auf Einladung von Herrn Andreas Sanden bei der SEJUBRA-Tagung Anfang November 2004 in Vitoria einen Vortrag gehalten. Herr Dr. Curschmann berichtete, dass auch er teilgenommen habe und diese Tagung mit ca. 100 Teilnehmern sehr gelungen gewesen sei. Nunmehr plane die SEJUBRA eine Tagung zum Thema „Deutsch-Brasilianisches Doppelbesteuerungsabkommen“ im Juni 2005 in Berlin.

2. Ehrung Achim Henkel

Herr Dr. Curschmann berichtete weiter, dass Achim Henkel, ebenfalls Mitglied der DBJV, kürzlich

den brasilianischen Rio-Branco-Orden erhalten habe. Der Orden wurde für die Förderung der deutsch-brasilianischen Beziehungen verliehen. Herr Henkel, der am heutigen Tage nicht hier sein könne, lasse Grüße an die DBJV und die Tagungsteilnehmer ausrichten.

3. Mitteilungen der DBJV

Anschließend wurde diskutiert, wie künftig mit den Mitteilungen der DBJV verfahren werden soll. Aus Kostengründen wurde entschieden, dass die Mitteilungen nur zweimal jährlich erscheinen sollen. Es wurde jedoch von der Mehrzahl der Anwesenden als wichtig erachtet, weiterhin regelmäßig Mitteilungen in Schriftform (statt nur in elektronischer Form per mail) zu erhalten.

4. Schriftenreihe der DBJV

Zu dem bisherigen Bestand sind vor kurzem als Band 29 die Beiträge zur Jahrestagung 2001(Dresden) über das Erb- und Familienrecht hinzugekommen. Alsbald solle außerdem als Band 30 eine deutsche Übersetzung der neuen brasilianischen Gesetzesregelungen über das Unternehmensrecht im geänderten Codigo Civil erscheinen. Geplant sei weiterhin der von Ralf Schmitt herauszugebende Band mit den Beiträgen der Jahrestagung 2002 (Frankfurt) zum Thema „Unternehmen in der Krise“. Prof. Dr. Paul teilte mit, dass er den diesjährigen Tagungsband gemeinsam mit Irene Haagen als zweisprachiges Werk über das Lebensmittelrecht (dem diesjährigen Tagungsthema) herauszugeben beabsichtige.

5. Übergabe des Sekretariats, Anwaltslink

Das früher von Dr. Werner Müller geführte Sekretariat wird nunmehr seit einem Jahr von Gisela Puschmann geleitet. Frau Puschmann teilte mit, dass per Internet sehr häufig Anfragen aller Art, auch Mandatsanfragen gestellt werden. Für die Sekretariatsarbeit sei ein täglicher Arbeitsaufwand von ca. fünf Stunden notwendig. Frau Puschmann machte den Vorschlag, dass die Möglichkeiten des Internets besser genutzt werden sollten. Diskutiert und bejaht wurde von der Mitgliederversammlung der Vorschlag des Vorstandes, auf der DBJV-Homepage einen Anwaltslink einzustellen; Mandatsanfragen könnten dann auf diesen Link verwiesen werden. Mitglieder, die in die mit dem Anwaltslink verbundene Anwaltsliste aufgenommen werden möchten, könnten dies beim Sekretariat mit genauen Angaben über ihre Tätigkeitsschwerpunkte (maximal drei) sowie Zahlung einer Aufwandsentschädigung i.H.v. € 30,00 beantragen. Frau Puschmann erklärte, dass ein Fragebogen hierfür gegenwärtig entworfen werde und die Teilnehmer der DBJV diesbezüglich noch weitere Informationen erhalten werden.

6. Mitgliederliste

Die Mitgliederliste soll in das Internet auf der DBJV-Homepage eingestellt und fortlaufend aktualisiert werden. Das ist sehr viel kostensparender als die derzeitige, regelmäßige Versendung der Mitglie-

derliste in Schriftform. Aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten soll ein Passwort eingerichtet werden.

7. Beirat

Der Vorstand erklärte, dass Nilson Lautenschleger/Brasilien für die kommenden zwei Jahre als weiteres Beiratsmitglied hinzukommt. Der Beirat bestehe nunmehr aus vier Mitgliedern und werde vom Vorstand ernannt.

TOP 2. Finanzbericht über die Geschäftsjahre 2002 und 2003

Zunächst kündigte der Schatzmeister der DBJV Ralf Schmitt an, dass er nicht wieder für den Vorstand kandidieren werde. Nach seiner mehrjährigen Tätigkeit möchte er das Schatzmeisteramt in andere Hände übergeben, wobei er betonte, dass ihm die Arbeit in der DBJV viel Freude bereitet hätte.

Herr Ralf Schmitt erläuterte anschließend den Finanzbericht für die Jahre 2003 und 2002 wie folgt:

1. Für das Jahr 2002 seien Einnahmen i.H.v. ca. € 29.000,00 zu verzeichnen gewesen, die Ausgaben hätten sich auf € 41.694,00 belaufen. Damit habe die Vereinigung einen Verlust von ca. € 12.000,00 verzeichnet. Das Guthaben der DBJV habe sich Ende des Jahres 2000 auf noch ca. € 9.000,00 belaufen.

2. Im Jahr 2003 seien Einnahmen i.H.v. € 24.865,00 erzielt worden. Ausgaben wurden i.H.v. € 14.127,00 getätigt. Damit sei ein Überschuss von € 10.738,00 verblieben. Ende des Jahres 2003 war ein Kassenbestand von € 19.812,00 vorhanden.

3. Für das Jahr 2004 prognostizierte der Schatzmeister einen voraussichtlichen Jahresfehlbetrag i.H.v. ca. € 9000,00. Der Überschuss im Jahr 2003 resultiere aus der Tatsache, dass die Jahrestagung in Brasilien stattgefunden habe und es dort gelungen sei, Sponsoren zu finden. Jahrestagungen in Deutschland führten hingegen normalerweise zu einem Fehlbetrag. Aus diesem Grunde sei zu erwarten, dass das Jahr 2004 mit einem Vereinsvermögen von ca. € 10.000,00 abgeschlossen werden könne. Für das Jahresende 2005 prognostiziere er ein Vermögen von nur noch ca. € 1000,00. Im Jahr 2006 sei eine Unterdeckung zu erwarten.

Weiter berichtete der Schatzmeister Ralf Schmitt, dass die DBJV ca. 288 zahlende Mitglieder habe. Hierdurch würden jährlich Einnahmen i.H.v. ca. € 14.000,00 erzielt. Im vergangenen Jahr sei eine intensive Mahnaktion durchgeführt worden, um auch die derzeit rund 130 Mitglieder, die teilweise schon seit mehreren Jahren ihre Beiträge nicht mehr entrichtet hätten, zur Zahlung zu bewegen.

Von den Teilnehmern der Mitgliederversammlung wurde diskutiert, wie künftig mit nicht zahlenden Mitgliedern verfahren werden soll. In Betracht wurde die Beendigung der Mitgliedschaft durch Ausschluss oder die „Stilllegung“ gezogen.

Um die absehbaren finanziellen Engpässe kurzfristig zu beheben, stellte RA Jürgen Vogt den Antrag, den Jahresbeitrag ab 2005 um € 20,00 zu erhöhen. Der Antrag wurde einstimmig angenommen.

TOP 3 u. 4- Kassenprüfung 2002/2003, Entlastung des Vorstandes

Herr Axel Weber berichtete, dass die Kassenprüfung für die Jahre 2002 und 2003 von ihm sowie dem weiteren Kassenprüfer Dr. Werner Müller durchgeführt worden sei und sich keine Beanstandungen ergeben hätten. RA Vogt stellte den Antrag, dem Vorstand für die Jahre 2002 und 2003 Entlastung zu erteilen. Bei vier Enthaltungen wurde der Antrag einstimmig angenommen.

TOP 5- Neuwahl des Vorstandes

Mit Ausnahme des ehemaligen Schatzmeisters Ralf Schmitt stellten sich alle bisherigen Vorstandsmitglieder (Dr. Jan Curschmann, Prof. Dr. Wolf Paul, Gisela Puschmann, Andreas Sanden) zur Wiederwahl. Als weiteres Vorstandsmitglied und neue Schatzmeisterin schlug Dr. Curschmann Frau Irene

Haagen vor. Weitere Vorschläge wurden nicht gemacht. Sodann übernahm Herr Frings die Wahlleitung. Er stellte die ordnungsgemäße Ladung zur Mitgliederversammlung sowie die Stimmfähigkeit der anwesenden 27 Mitglieder fest.

Die Vorstandsmitglieder Dr. Jan Curschmann (Vorsitzender) sowie Prof. Dr. Wolf Paul und Gisela Puschmann (1. und 2. Stellvertreter) wurden bei 27 Stimmen mit jeweils 25 Ja-Stimmen und 2 Enthaltungen als Vorstand i.S.v. § 7 Abs. 3 der Satzung wieder- bzw. neu gewählt. Das nicht anwesende Vorstandsmitglied Andreas Sanden wurde bei 27 Stimmen mit 24 Ja-Stimmen, einer Nein-Stimme und zwei Enthaltungen ebenfalls wiedergewählt. Als neues Mitglied und Schatzmeisterin wurde Frau Irene Haagen bei 27 Stimmen mit 26 Ja-Stimmen und einer Enthaltung gewählt.

Die Wahl wurde von allen gewählten Vorstandsmitgliedern angenommen. Für den nicht anwesenden Andras Sanden erklärte Dr. Jan Curschmann, dieser habe mitteilen lassen, dass er die Wahl annehme.

TOP 6- Tagung 2005

Der Vorstand berichtete, dass die nächstjährige Tagung in Potsdam stattfinden solle. Die Organisation übernimmt Herr Kayser. Anschließend wurde der Termin für die Tagung im Jahr 2005 erörtert, wobei sich die Mehrzahl der Teilnehmer der Mitgliederversammlung für Mitte November aussprach. Der

Vorstand wird näheres kurzfristig beschließen, insbesondere das Tagungsthema, und den Mitgliedern dann Mitteilung machen.

Anschließend wurde von den Mitgliedern über die Gestaltung der Tagung im Jahr 2006 diskutiert. Dr. Peter Schindler regte an, eine Tagung in Wolfsburg zum Thema „Automobil-Unternehmen“ zu veranstalten. Von einem anderen Mitglied wurde vorgeschlagen, wegen der dann anstehenden Wahlen in Deutschland und Brasilien als Tagungsthema Wahlrecht oder Staatsrecht zu wählen. Prof. Dr. Paul sprach sich für ein Thema aus dem Bereich des Strafrechts, der Sanktionen und Ordnungswidrigkeiten aus. Felix Krummbein äußerte den Wunsch, als Thema Prozessrecht in Deutschland und Brasilien zu erwägen. Nilson Lautenschleger regte an, Gesellschaftsrecht in Betracht

zu ziehen. Schließlich wurde diskutiert, Schiedsverfahren sowie Wirtschaftsmediation als Thema zu wählen. Herr Dannemann schlug abschließend Kartellrecht als Tagungsthema für das Jahr 2006 vor.

TOP 7- Verschiedenes

Für die Mitgliederversammlung im Jahr 2005 soll als TOP ein Satzungsänderungsantrag aufgenommen werden, der ermöglicht, künftig bei Nichtzahlung von Mitgliedsbeiträgen den Ausschluss des Mitglieds zu bestimmen.

(K. Krapp, Protokollführerin)
(Dr. Curschmann, Vorstandsvorsitzender) \\\

Interna DBJV

I. RIO-BRANCO Orden für unser Mitglied Dr. Hans-Joachim Henckel, Regierungsdirektor

Unser langjähriges Mitglied, Herr Regierungsdirektor Dr. Hans-Joachim Henckel wurde am Mittwoch, 10. November 2004 mit dem RIO BRANCO Orden der Förderati-

ven Republik Brasilien durch seine Exzellenz, Herrn Botschafter José Artur Denot Medeiros im Rahmen eines Empfangs in der Botschaft Brasiliens in Berlin ausgezeichnet.

Mit dieser Auszeichnung wurden die Verdienste von Herrn Dr. Henckel um eine Intensivierung der

wirtschaftlichen und interkulturellen Zusammenarbeit beider Länder gewürdigt. Herr Dr. Henckel war 1988 zu einem Forschungsaufenthalt in Brasilien, er trat 1989 als Referent in das Bundesministerium für Wirtschaft ein und war in dieser Funktion mehrere Jahre in der deutschen Botschaft in Brasilia tätig. Seit seiner Rückkehr nach Deutschland ist Herr Dr. Henckel als Regierungsdirektor im Außenwirtschaftsreferat des Wirtschaftsministeriums tätig. Zahlreiche Veröffentlichungen zu juristischen Themen im deutsch-brasilianischen Spannungsfeld belegen die herausragenden Leistungen von Herrn Dr. Henckel eindrucksvoll.

Aus dem Vorstand der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung nahm Gisela Puschmann an der Ordensverleihung teil und überbrachte die Glückwünsche der Vereinigung.

Mitgeteilt von:
Gisela Puschmann

II. Promotionen von Mitgliedern der DBJV

Im Februar 2005 haben am Fachbereich Rechtswissenschaft der J.W.Goethe-Universität in Frankfurt folgende Mitglieder unserer Vereinigung promoviert:

1. Hartmut-Emanuel Kayser mit seinem Dissertationsthema "Die Rechte der indigenen Völker Brasiliens- historische Entwicklung und gegenwärtiger Stand" und

2. Erasmo Marcos Ramos mit einer Dissertation über das Thema: "Brasilianisches Umweltrecht als Biosphärenschutzrecht. Eine System- und Fallanalyse am Beispiel des Wasserweges Hidrovia-Paraná-Paraguay HPP".

Mitgeteilt von:
Prof. Dr. Wolf Paul\\

A simulação no novo Código Civil brasileiro

Dr. Renata Martins, LL. M.*

O novo Código Civil brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002)¹, modificou o tratamento dado à simulação no ordenamento jurídico brasileiro. O instituto, antes previsto como um dos defeitos do ato jurídico e por isso considerado motivo para sua anulabilidade, vem hoje inserido dentre as causas de nulidade do negócio jurídico. As consequências que daí decorrem para os negócios firmados depois da entrada em vigor do novo Código são inúmeras², daí valer a pena anali-

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachbereichszentrum für Schlüsselqualifikationen im Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main und “pesquisadora associada” der Juristischen Fakultät der Universidade de Brasília. Sie ist Lehrbeauftragte für brasilianisches Zivilrecht in Frankfurt und an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Conf. as anotações ao Código de NELSON NERY JUNIOR/ ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. Novo código civil e legislação extravagante anotados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. É possível acessar o texto do Código por meio do site do Senado Federal brasileiro: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>.

² O Código, que entrou em vigor em janeiro de 2003, após transcurso da *vacatio legis* de um ano, prevê uma regra de transição relativa aos atos jurídicos firmados anteriormente a essa data. Trata-se do art. 2.035, *caput*, segundo o qual a “validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor [do novo] Código, obedece ao disposto nas leis anteriores (...)”. Por isso, somente os negócios firmados após a entrada em vigor da nova lei submetem-se às regras do presente estudo.

sarmos as novas regras a respeito do tema.

1. Conceito de simulação no direito civil

Simular quer dizer “fingir, mascarar, camuflar, esconder a realidade³”. No direito civil, significa emitir “uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado”.⁴ Negócio simulado é aquele em que as partes fingem um negócio que na realidade não desejam. A aparência do negócio é contrária à realidade, e essa discrepância é produto da deliberação dos contraentes que pretendem enganar terceiros.⁵

Há tipos diversos de simulação. Ocorre simulação quando os contraentes recorrem a um ato aparente para fingir uma relação jurí-

³ SÍLVIO DE SALVO VENOSA. Direito civil: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004 (Coleção Direito Civil; vol. 1). p. 481.

⁴ A definição é de Clóvis Beviláqua, e vem citada em SÍLVIO RODRIGUES. Direito civil: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 (Coleção Direito civil; vol. 1). p. 294. Conf. também WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. Curso de direito civil. v. 1: parte geral. 39 ed. Atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 248.

⁵ S. RODRIGUES. op. cit. loc. cit.

dica que não existe.⁶ É o caso, por exemplo, do marido que simula dívidas a parentes com o intuito de prejudicar a partilha dos bens do casal na separação (simulação absoluta). Não existe qualquer vínculo jurídico real, mas as partes lavram um contrato para aparentar uma situação jurídica. Por outro lado, há também simulação quando as partes fingem um negócio que não é aquele em realidade praticado. As partes, por exemplo, convencionam a alienação de um imóvel por um preço, mas, para burlar o Fisco, fazem constar da escritura preço inferior (simulação relativa). Aqui, o negócio simulado encobre um vínculo real, dissimulado, que não aparece para terceiros.⁷

A simulação pode atingir distintos elementos da relação jurídica.⁸ Assim, fala-se, por exemplo, em simulação sobre a natureza do negócio quando as partes simulam doação, mas, na verdade, firmam um contrato de compra e venda. Ocorre simulação sobre o conteúdo do negócio quando, por exemplo, o preço mencionado no contrato é distinto daquele em realidade acordado; o mesmo ocorre nos casos de alteração de datas de documentos. Por fim, há simulação sobre a pessoa participante do negócio quando o negócio aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente confere ou transmite.

⁶ Conf., dentre muitos, W. DE BARROS MONTEIRO. op. cit. loc. cit.

⁷ Conf., dentre muitos, W. DE BARROS MONTEIRO. op. cit. loc. cit.

⁸ S. RODRIGUES. op. cit. p. 298.

Em todos esses casos ocorre uma divergência entre a vontade do declarante e a declaração; o ato não pode subsistir por falta de um de seus elementos essenciais que é a vontade.⁹ Sob outro prisma, com a nulidade, a lei quer punir a torpeza daqueles que contraem mediante simulação, praticando ato que não corresponde à sua verdadeira vontade e que passa a terceiros uma falsa noção da realidade jurídica por eles pretendida.¹⁰

2. Requisitos da simulação

A doutrina aponta quais os requisitos necessários para que ocorra a simulação, esta, repita-se, entendida como sendo a “divergência intencional entre a vontade e a declaração, emanada do acordo entre os contratantes, com o intuito de enganar terceiros”.¹¹

⁹ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. Dos defeitos do negócio jurídico ao final do Livro III. In: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (coordenador). Comentários ao novo Código Civil. Forense: Rio de Janeiro, 2003. vol. III. tom. I. p. 469-470. Veja também S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 481-482, para quem a simulação é um vício social, e não de um vício da vontade. No mesmo sentido jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT): “É um vício social em que as partes têm a intenção de iludir alguém por meio de uma falsa aparência que encobre a verdadeira feição do negócio jurídico (...)”. BRASIL. TJDFT. Classe do processo: Apelação Cível 2001011056654-5APC DF. Registro do acórdão número: 169828. Data do julgamento: 25 nov. 2002. Órgão julgador: Primeira Turma Cível. Relator: Des. Valter Xavier. Disponível em: <<http://www.tjdft.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

¹⁰ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. loc. cit.

¹¹ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 483. Conf. também S. RODRIGUES. op. cit. p. 296.

Em primeiro lugar, fala-se da *divergência intencional* entre a vontade e a declaração: os declarantes sabem que a emissão de vontade não corresponde à sua vontade real e desejam que seja assim.¹² Essa disparidade é produto da deliberação dos contraentes.¹³ Por isso, para que haja simulação, é necessário que a declaração seja *livre e consciente* de todos os participantes do negócio defeituoso.¹⁴ Ou seja, o declarante não só sabe que a declaração é errônea, como também quer emitir essa vontade.¹⁵

Por outro lado, o negócio tem de decorrer de um *acordo simulatório* entre as partes, de uma mancomunação. Em outras palavras, a simulação implica sempre “conluio, ligação de mais de uma pessoa para criar a aparência.”¹⁶ Por isso se diz que, em geral, a simulação ocorre no campo dos contratos, podendo surgir também no âmbito dos negócios unilaterais receptícios¹⁷ desde

que se verifique ajuste do declarante com outra pessoa.¹⁸

É necessário ainda para configurar simulação o propósito de *enganar terceiros*, que ignoram a simulação. É o caso de homem casado que faz doação à sua amante, e, de modo a burlar a regra do art. 550 do Código Civil¹⁹, ambos fingem, diante de terceiros, tratar-se de uma compra e venda. No dizer de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “o que verdadeiramente caracteriza a simulação é o seu conhecimento pela outra parte, sendo apenas ignorada por terceiros. Distingue-se, pois, do dolo, em que somente um dos interessados conhece a maquinação. O dolo é sempre urdido contra uma das partes, quer pela outra parte, quer por terceiro.²⁰ A simulação, ao contrário, é *entente* de ambas as partes contra terceiro.”²¹

Note-se que *basta o intuito de enganar* terceiro para que se configure a nulidade do negócio, não sendo necessário o intuito de *causar prejuízo*.²² O Código anterior admitia a

¹² S. DE SALVO VENOSA. op. cit. loc. cit.

¹³ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 481.

¹⁴ Se a declaração de vontade não for livre, pode ser que estejamos diante de coação. Por outro lado, se a inverdade não for consciente, pode ser que haja erro ou dolo, mas não simulação. Conf. S. DE SALVO VENOSA. op. cit. loc. cit. É bastante vasto o acervo bibliográfico a respeito do erro, do dolo e da coação. Veja, dentre tantos, MARIA HELENA DINIZ. Curso de direito civil brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 382 ss.

¹⁵ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 483.

¹⁶ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 481.

¹⁷ Conf. definição de H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 490: “negócios que se praticam por meio de uma só declaração de vontade, mas cujo efeito depende de aceitação ou participação de terceiro, ao qual se endereça a vontade declarada.” Veja também M. H. DINIZ. op. cit. p. 370-371, que cita como exemplo de ato unilateral receptício a concen-

tração nas obrigações alternativas (CC, arts. 252 ss).

¹⁸ W. DE BARROS MONTEIRO. op. cit. p. 249.

¹⁹ CC, art. 550: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.”

²⁰ W. DE BARROS MONTEIRO. op. cit. pp. 229 ss.

²¹ Conf. W. DE BARROS MONTEIRO. op. cit. p. 249-250, que afirma, indicando jurisprudência, não ser possível a coexistência, no mesmo negócio jurídico, de dolo e de simulação.

²² H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 469. Conf. a respeito S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 491, para quem basta a mera possibilidade de o prejuízo ser ocasionado. Tal interpretação, para o autor, en-

anulação do negócio apenas quando fosse esse praticado com o intuito de prejudicar terceiros ou fraudar a lei (CC 1916, art. 103); era o que se conhecia por simulação fraudulenta, a qual sempre envolvia uma ilicitude.²³ Hoje, como se vê, é irrelevante o intuito de prejudicar, pois o que a lei pune com a nulidade é a mera discrepância do negócio com a realidade.

3. Simulação absoluta e relativa. Simulação total e parcial. Simulação fraudulenta e inocente.

Doutrina e jurisprudência brasileiras distinguem várias espécies de simulação.

Primeiramente, fala-se em simulação absoluta e simulação relativa. A primeira, conforme se viu, ocorre quando não existe ato dissimulado. A declaração de vontade exprime aparentemente certo negócio jurídico, não sendo, no entanto, intenção das partes efetuar negócio algum.²⁴

contrava escudo na lei antiga, que se referia apenas ao intuito de prejudicar (CC 1916, art. 104).

²³ H. THEODORO JÚNIOR. *op. cit.* p. 483. Conf. a respeito desse tema o subtítulo de número 3 neste trabalho.

²⁴ W. DE BARROS MONTEIRO. *op. cit.* p. 250. Conf. o conceito de simulação absoluta na decisão BRASIL. TJDFT. Classe do processo: Apelação Cível APC4574597 DF. Registro do acórdão número: 100727. Data do julgamento: 20 out. 1997. Órgão julgador: Segunda Turma Cível. Relator: Des. Hermenegildo Gonçalves. Disponível em: <<http://www.tjdft.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005. De acordo com a decisão, haverá simulação absoluta quando “a declaração enganosa da vontade exprime um negócio jurídico (...), não havendo intenção de realizar negócio algum.

Existe simulação absoluta, por exemplo, no caso de um devedor que simula venda de bens a parentes na tentativa de subtraí-los à execução dos credores.²⁵ Nesses casos, trata-se de negócios nulos, segundo o que taxativamente dispõe o art. 167: “É nulo o negócio jurídico simulado (...)”.

Já a simulação relativa, por sua vez, verifica-se quando há um negócio que se quer esconder sob o ato aparente.²⁶ Esse negócio, dito dissimulado, é o real e desejado pelas partes. Este tipo de simulação não gera a nulidade de todas as relações jurídicas entre as partes. O negócio simulado será sempre nulo, pois é falso.²⁷ Já o ato dissimulado, uma vez desmascarado pela ação de simulação, poderá aflorar e prevalecer, desde que não seja contrário à lei nem prejudique terceiros²⁸. Outro requisito essencial para a validade do negócio dissimulado é que tenha a devida forma. Isso quer dizer que a declaração de vontade simulada deverá obedecer os requisitos de forma exigidos à relação dissimulada.²⁹ É o que dispõe nossa lei civil: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se

²⁵ W. DE BARROS MONTEIRO. *op. cit.* loc. cit.

²⁶ Ocorre simulação relativa “quando existe da parte do agente a intenção de realizar um negócio jurídico, mas de efeito diverso daquele que aparenta ter”. BRASIL. TJDFT. Classe do processo: Apelação Cível 33962/94. Data do julgamento: 24 fev. 1997. Órgão julgador: Quinta Turma Cível. Relator: Des. Valter Xavier. Disponível em: <<http://www.tjdft.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

²⁷ H. THEODORO JÚNIOR. *op. cit.* p. 482.

²⁸ S. DE SALVO VENOSA. *op. cit.* p. 489.

²⁹ Neste sentido S. DE SALVO VENOSA. *op. cit.* p. 490.

dissimulou, se válido for na substância e na forma.” (CC, art. 167).

Fala-se também em simulação total e simulação parcial. Total é a simulação que atinge todo o negócio (no exemplo da compra e venda que, em realidade, é uma doação), e parcial é aquele que abrange apenas alguns de seus aspectos, como cláusula (preço aparente é distinto do real) ou data (data de celebração mencionada no contrato é distinta da verdadeira data em que o acordo ocorreu). Nos casos de simulação parcial, a nulidade incidirá normalmente sobre a parte do negócio em que se deu a falsidade, “salvo se for impossível manter o negócio com a amputação da porção nula”.³⁰ Ou seja, vale a regra das nulidades parciais: se a porção viciada se pode separar, a nulidade da parte não afetará o todo (CC, art. 184, primeira parte³¹). Daí, por exemplo, se “a simulação está no preço ou na data, a nulidade afetará apenas esses elementos, e o negócio prevalecerá com o preço e a data verdadeiros, como se não existissem os da-

dos simulados, para todos os efeitos.”³²

Por fim, conhecem-se no direito brasileiro as expressões “simulação fraudulenta” e “simulação inocente”, muito usadas durante a vigência do Código anterior. Fraudulenta, ou ilícita, é aquela simulação na qual há intenção das partes de prejudicar terceiros ou de fraudar a lei.³³ Em contrapartida a ela, há a chamada simulação inocente, praticada sem esses objetivos.³⁴ É o caso, por exemplo, de alguém que, assediado por parente para prestar fiança, para livrar-se dessa situação incômoda, sem ter intenção de prejudicar ninguém, passa seus bens para o nome de outrem. Também se trata de simulação inocente quando o proprietário de um imóvel transfere o domínio para o nome de outrem a fim de facilitar a administração do bem.³⁵ Essa distinção era crucial, já que, sob a lei anterior, somente a simulação fraudulenta

³⁰ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 487.

³¹ “Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. (...)” A possibilidade de decretação de nulidade parcial de contrato é ponto pacífico na jurisprudência brasileira: “Não se acolhe o argumento principal do embargado de que não pode o Judiciário intervir no contrato estabelecido entre os particulares, pois, havendo ilegalidade em seus termos, cabe ao magistrado afastar seus vícios e declarar sua nulidade, parcial ou total.” BRASIL. TJDFT. Classe do processo: Apelação Cível 19980110733124APC DF. Registro do acórdão número: 164388. Data do julgamento: 21 out. 2002. Órgão julgador: Terceira Turma Cível. Relator: Des. Jeronymo de Souza. Disponível em: <<http://www.tjdft.gov.br/jurisprudencia/framejuri.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

³² H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. loc. cit.

³³ Simulação fraudulenta é “a que envolve o propósito de prejudicar terceiro ou de burlar o comando legal, viciando o ato que perderá toda a validade.” BRASIL. TJDFT. Classe do processo: Apelação Cível APC4574597 DF. Registro do acórdão número: 100727. Data do julgamento: 20 out. 1997. Órgão julgador: Segunda Turma Cível. Relator: Des. Hermenegildo Gonçalves. Disponível em: <<http://www.tjdft.gov.br/jurisprudencia/framejuri.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

³⁴ “A simulação inocente (...) não configura vício porque não prejudica a ninguém.” BRASIL. TJDFT. Classe do processo: Apelação Cível 40.017/96. Data do julgamento: 24 mar. 1997. Órgão julgador: Terceira Turma Cível. Relator: Des. Waldir Leôncio Júnior. Disponível em: <<http://www.tjdft.gov.br/jurisprudencia/framejuri.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

³⁵ Os exemplos são de H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 482.

era capaz de invalidar o ato jurídico.³⁶

4. Espécies de simulação no Código Civil de 2002

Tomando como base esses conceitos, usados em nossa doutrina e jurisprudência, vejamos como define a lei civil atual o termo simulação.

Segundo o art. 167, § 1º, haverá simulação nos negócios quando:

“I –aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitirem”. Trata-se da simulação por interposta pessoa, na qual alguém adquire, modifica ou extingue direitos para um terceiro oculto. O figurante, ou “testa-de-ferro”³⁷, não é o verdadeiro participante no negócio simulado, e atua como titular aparente do direito.³⁸ É o caso do sujeito que, acompanhado com magistrado e funcionando como testa-de-ferro deste, arremata bem levado à hasta pública no juízo de competência daquele magistrado. Neste exemplo, o verdadeiro arrematante é o magistrado impedido; o figurante da arremata-

ção foi apenas um testa-de-ferro.³⁹ Há também interposição *ad personam* no exemplo do pai que pretende vender algo a filho seu e, não obtendo autorização dos demais, exigida pelo art. 496 do Código Civil, transfere o bem a terceiro que, em seguida, passa a coisa ao filho.⁴⁰ Nestes casos, se o negócio dissimulado for possível perante o direito, haverá decretação da nulidade somente em relação a parte do negócio, com o afastamento da interposta pessoa e manutenção do resto entre as partes reais.

“II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira”. Ocorre quando, por exemplo, os contraentes simulam venda para ocultar doação; ou quando na compra e venda o preço declarado não é o que verdadeiramente foi pago.⁴¹ Aqui, a simulação pode ser total ou parcial. Se for parcial, a nulidade afetará apenas a parte falsa do negócio, conforme já foi mencionado. Por isso, se for falso apenas o preço declarado, somente este elemento será nulo; o preço verdadeiro prevalecerá, e o resto válido do negócio subsistirá.

³⁶ “A existência de simulação de diversos negócios jurídicos, ‘com a finalidade de prejudicar a meação de bens a que a autora faz jus’, eivou de nulidade todos aqueles atos produzidos, restando tão-somente a anulação dos mesmos.” BRASIL. TJDF. Classe do processo: Apelação Cível 2001091009377-6. Órgão julgador: Terceira Turma Cível. Relatora: Vera Andrighi. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

³⁷ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 485.

³⁸ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. loc. cit.

³⁹ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 483.

⁴⁰ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 492. CC, art. 496: „É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido“. Veja também o julgamento perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) que considerou “eivada por simulação” a doação de ascendente a descendente para driblar a regra correspondente no Código de 1916. BRASIL. TJMG. Número do processo: 1.0000.00.334171-0/000(1). Relator: Audebert Delage. Data do acórdão: 13 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt>>. Acesso em: 26 mar. 2005.

⁴¹ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 488.

“III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados”. Se no contrato consta data não verdadeira, anterior ou posterior à data real, ocorre simulação. Nestes casos, em geral, trata-se de simulação parcial. É por isso que a simulação apenas afeta a data, fazendo com que o negócio venha a ser situado no tempo verdadeiro de sua celebração.⁴²

Nas hipóteses dos incisos I e II do § 1º, art. 167, a simulação poderá ser absoluta ou relativa, como se viu; já o inciso III diz respeito apenas à simulação relativa.⁴³

5. Simulação, reserva mental e fraude contra credores: diferenças

Há institutos jurídicos parecidos com a simulação, com os quais esta, no entanto, não se confunde. Por isso, é preciso diferenciá-los.

A simulação não se confunde, primeiramente, com a chamada reserva mental.

A reserva mental, prevista no art. 110 do Código Civil, resta configurada quando a parte oculta sua vontade interna, que é diversa da efetivamente declarada, no ato da contratação. Nesses casos, e não sendo a discrepância conhecida da outra parte, a verdadeira vontade não declarada em nada afeta a validade do ato. Ou seja, sem embargo da reserva mental, o negócio será eficaz

⁴² H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 494.

⁴³ Veja a respeito S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 489.

nos termos da declaração.⁴⁴ É o que diz o art. 110: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.” Em outras palavras, vale o que o sujeito declarou, desde que o outro contratante, destinatário da declaração, não saiba que a vontade declarada não corresponde à vontade oculta.

A hipótese se parece com a figura jurídica da simulação, já que com a reserva mental o que a parte geralmente deseja é enganar a outra, ocultando-lhe suas verdadeiras intenções e objetivos.⁴⁵ Com ela, no entanto, não se confunde. A simulação resulta de um acordo entre os contratantes, ao contrário pois da reserva mental, que é fenômeno unilateral. Na simulação, o negócio aparente é combinado entre as partes, para enganar terceiros. “Entre as partes não há engano algum.”⁴⁶ Dessa diferença resulta efeito jurídico diverso: “na reserva mental o que deve prevalecer é a declaração exteriorizada. Na simulação não vale a declaração aparente, mas a que ficou oculta (dissimulada)”.⁴⁷

A simulação também não se confunde com a fraude contra credores.⁴⁸ É que se a primeira cria negó-

⁴⁴ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 478 e S. DE SALVO VENOSA. op. cit. loc. cit.: “A idéia é de que a validade e eficácia do negócio jurídico e a estabilidade das relações negociais não podem ficar sujeitas ao exclusivo subjetivismo do declarante.”

⁴⁵ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 478-479.

⁴⁶ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 479.

⁴⁷ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. loc. cit.

⁴⁸ Veja a respeito deste defeito, dentre tantos, M. H. DINIZ. op. cit. p. 412 ss.

cio aparente, o negócio fraudulento, por sua vez, é real. Tanto neste quanto naquela, por exemplo, um devedor tenta livrar-se de seus bens, transladando-os para parentes e amigos, a fim de evitar sejam eles executados para saldar suas dívidas. Ocorre que, enquanto que na simulação o negócio de transação não existiu, sendo apenas forjado para enganar terceiros, na fraude contra credores ele existe. O declarante pretende exatamente o que declara, e sua vontade é realizar o procedimento tortuoso para burlar a lei.⁴⁹ A simulação provoca a nulidade do ato praticado em prejuízo dos credores. Já a fraude provoca apenas a anulabilidade do ato em relação aos credores, o qual subsiste válido entre os sujeitos do negócio.⁵⁰

6. Ação de simulação

A lei garante ao prejudicado pela simulação ação anulatória do negócio, imprescritível (art. 169, 2ª parte)⁵¹ e de natureza declaratória. Se a simulação for absoluta, anulado o negócio, as partes são transportadas para o estado em que antes dele se encontravam (CC, art. 182); ou seja, o efeito do decreto judicial de anulação é *ex tunc*, por força da nulidade. Se, por outro lado, a simulação for relativa e o negócio simulado for anulado, subsiste o negócio dissimulado, desde que satisfaça os requisitos legais, com o se viu. Nesses casos, o juiz

deverá confirmar a eficácia do ato dissimulado na sentença.⁵²

Ademais, tanto os terceiros prejudicados como os que participaram da simulação, além do Ministério Público (CC, art. 168, *caput*), têm ação para anular o ato simulado, ressaltados os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado (CC, art. 167, § 2º).⁵³ Isso é válido, no entanto, desde que haja interesse de agir, que só se configura quando aquele que recorre ao juízo tem real necessidade de proteção jurídica (CC, art. 168).⁵⁴

Além do interesse de agir, de acordo com a regra geral sobre o ônus da prova (Código de Processo Civil, art. 333), cabe a quem a alega a simulação prová-la.⁵⁵ Se se tratar de

⁴⁹ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 497.

⁵⁰ S. RODRIGUES. op. cit. p. 301.

⁵¹ Conf. H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 508-9: para se reconhecer o interesse jurídico, portanto, o que vale não é o interesse patrimonial (ou o prejuízo econômico que decorre da simulação para o sujeito envolvido), sendo “necessário demonstrar a existência de um estado de violação de direito subjetivo no âmbito do relacionamento jurídico material existente entre autor e réu” (p. 509).

⁵² Veja a jurisprudência a respeito da prova: „Para que a simulação de um negócio seja declarada, muito embora possa o julgador valer-se de indícios ou presunções, é necessário que estes sejam robustos o suficiente para que se faça prova segura de tal fato, a fim de que sejam extirpadas quaisquer dúvidas quanto à vontade expressa no ato jurídico questionado.“ BRASIL. TJDFT. Classe do processo: Embargos Infringentes na Apelação Cível EIC488272003. Data do julgamento: 30 jun. 2004. Órgão julgador: Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva. Disponível em: <<http://www.tjdft.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005. “A alegação de colocação de bens em nome de terceiros com o fim de retirar estes da meação, deve ser provada por quem alega.” BRASIL. TJMG. Número do proces-

⁴⁹ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 493.

⁵⁰ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 481.

⁵¹ CC, art. 169: “O negócio jurídico nulo não é susceptível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”

um dos contraentes, fica este restrito aos meios de prova permitidos quanto aos contratos, não gozando, pois, de plena liberdade na comprovação da simulação. Daí, se o contrato aparente e nulo for escrito, a prova pertinente ao contrato real deverá também ser por escrito.⁵⁶ Já os terceiros prejudicados, como o que têm de provar é o ato ilícito, não ficam limitados aos mecanismos ordinários de prova dos negócios jurídicos. Por isso é pacífico que “o estranho pode provar a simulação por todos os meios previstos em lei.”⁵⁷

Por outro lado, note-se ainda que, como a simulação se insere hoje no campo das nulidades, seu reconhecimento independe de ação, e pode ser declarada incidentalmente em qualquer processo, ou a pedido de interessado, ou de ofício pelo juiz (CC, art. 168, parág. único).

7. Diferenças entre as regras atuais e o regime anterior. Conclusões

O tratamento conferido ao instituto da simulação pela nova lei civil é bastante distinto do previsto no regime do Código Civil de 1916.

Como se viu, atualmente, toda simulação, seja inocente, seja fraudu-

lenta, leva à nulidade do negócio jurídico simulado. Sob o regime anterior, o ato simulado era anulável (CC 1916, art. 147, inc. II). A ação anulatória, que prescrevia em quatro anos⁵⁸, era de natureza constitutiva, e a sentença gerava efeitos *ex nunc*, uma vez que se tratava de anulação.⁵⁹

No entanto, somente a simulação fraudulenta era capaz de viciar o negócio jurídico.⁶⁰ É que o vício do negócio derivava da má-fé e não da falsidade na declaração da vontade.⁶¹ O art. 103 do Código anterior determinava que a simulação só seria considerada defeito quando

⁵⁸ Era a regra do art. 178, § 9, V, do Código anterior, segundo a qual prescrevia em quatro anos a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tivesse estabelecido menor prazo, este contado no caso de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se havia realizado o ato ou o contrato. Segundo o atual art. 178, II, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico continua sendo de quatro anos, para os casos de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão.

⁵⁹ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 497.

⁶⁰ A simulação inocente „vincula as partes nos estritos termos do ajuste“, segundo o princípio do *pacta sunt servanda*, „em homenagem à boa-fé dos contratantes.“ BRASIL. TJDFT. Classe do processo: Apelação Cível 40.017/96. Data do julgamento: 24 mar. 1997. Órgão julgador: Terceira Turma Cível. Relator: Des. Waldir Leôncio Júnior. Disponível em: <<http://www.tjdft.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005. “Realizada simulação com o intuito de adquirir financiamento bancário, sem representar qualquer prejuízo à instituição financeira, nem violação à lei, esta permanece válida entre as partes (art. 103 do Código Civil de 1916). BRASIL. TJDFT. Classe do processo: Apelação Cível 2002 01 1 013635-0. Data do julgamento: 16 ago. 2004. Órgão julgador: Segunda Turma Cível. Relator: Des. Waldir Leôncio Júnior. Disponível em: <<http://www.tjdft.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

⁶¹ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 470.

so: 1.0194.03.028680-2/001(1). Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data do acórdão: 31 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt>>. Acesso em: 26 mar. 2005.

⁵⁶ Ainda que se admitam indícios escritos; veja a respeito H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 506.

⁵⁷ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. loc. cit.

houvesse intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei. Daí se vê que a má-fé era parte intrínseca ao próprio conceito de simulação.⁶²

Hoje, como se viu, os objetivos torpes de prejudicar terceiros ou fraudar a lei não são mais elementos essenciais ao conceito de simulação e por isso não são necessários para que ela reste configurada. “Toda simulação é, por si, causa de nulidade do ato aparente (falso). É porque ele não corresponde a uma declaração de vontade verdadeira que a lei lhe recusa validade. Apenas por isso.”⁶³ Aliás, é esse entendimento que, a nosso ver, melhor se adapta à lógica que informa toda a sistemática das regras do Código relativas à vontade e sua manifestação.

Por outro lado, pela lei antiga, os simuladores fraudulentos não podiam alegar o vício em juízo, um contra o outro, ou contra terceiros⁶⁴, numa aplicação do princípio segun-

do o qual ninguém pode alegar sua própria torpeza em juízo.⁶⁵ Por isso, a não ser nos casos de simulação inocente, em que às partes contraentes assistia o direito de usar da ação declaratória de simulação⁶⁶, somente os terceiros prejudicados – ou os representantes do Poder Público ou da Fazenda (CC 1916, art. 105) – poderiam propor ação que invalidasse o negócio. Se não houvesse terceiros prejudicados que viessem a propor a anulatória, as partes teriam de sofrer as conseqüências da simulação, mesmo quando esta levava a que um dos sujeitos obtivesse vantagem da simulação em detrimento da outra parte.

Com o novo Código, essa restrição desaparece já que a simulação se situa no plano da nulidade.⁶⁷ O negócio aparente, já que não corresponde à vontade das partes, é nulo, e como tal não obriga. Por isso, se um dos contraentes quiser se aproveitar do negócio simulado, o outro poderá rebater-lhe a pretensão em juízo, argüindo a nulidade do negócio aparente e pedindo que prevaleça o contrato realmente ajustado.⁶⁸

⁶² Veja a decisão do TJDF: “(...) a simulação escora-se nos seguintes requisitos: a) conluio das partes, b) propósito de enganar terceiro ou fraudar a lei; c) dissonância consciente entre a vontade e a declaração.” BRASIL. TJDF. Classe do processo: Apelação Cível 33962/94. Data do julgamento: 24 fev. 1997. Órgão julgador: Quinta Turma Cível. Relator: Des. Valter Xavier. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

⁶³ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 488. No mais, o intuito de fraudar a lei já vem, por si, previsto como motivo de nulidade (CC, art. 166, inc. VI).

⁶⁴ CC, 1916, art. 104: “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros.”

⁶⁵ “Havendo por parte dos autores maliciosa intenção de burlar a lei, através de simulação de compra e venda de imóvel fictícia, impõe-se a mantença da [referida] sentença monocrática, arcando os autores com os ônus dos seus atos simulados, pois a ninguém é dado o direito de valer-se da própria torpeza para anular negócio simulado.” BRASIL. TJDF. Classe do processo: Apelação Cível APC4574597 DF. Registro do acórdão número: 100727. Data do julgamento: 20 out. 1997. Órgão julgador: Segunda Turma Cível. Relator: Des. Hermenegildo Gonçalves. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

⁶⁶ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 492.

⁶⁷ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 491.

⁶⁸ H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. p. 496.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR classifica a nova regra como “opção clara do legislador por uma nova sistemática para enfrentar o problema do negócio simulado”⁶⁹, a qual parece se assemelhar, inclusive, à legislação estrangeira.⁷⁰

Em geral, a doutrina pátria parece satisfeita com essas modificações. SÍLVIO DE SALVO VENOSA considera mais justas as novas regras, e aponta, como razão principal para a transposição da simulação para o campo das nulidades justamente evitar os impasses que o art. 104 do Código antigo provocava⁷¹. Hoje, vê-se que a sanção de nulidade do ato falso não fica restrita aos terceiros prejudicados, sendo de caráter geral o seu alcance.\

⁶⁹ Op. cit. loc. cit.

⁷⁰ S. DE SALVO VENOSA. op. cit. p. 502, afirma influência do código civil português. H. THEODORO JÚNIOR. op. cit. pp. 468 ss., apresenta comparação da nova legislação brasileira com o direito alemão, o italiano e o francês.

⁷¹ Op. cit. p. 492, 496-7. Veja também JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES: A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro (subsídios históricos para o novo Código civil brasileiro). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 118 ss.

Ação civil pública ambiental e a fauna silvestre – aspectos relevantes

Bruno Campos Silva*

1. Introdução

O presente estudo tem por finalidade delinear aspectos relevantes que permeiam o instituto constitucional da ação civil pública ambiental e sua “efetiva” utilização na tutela jurídica do bem ambiental ‘fauna silvestre’. No decorrer do trabalho serão abordados, *grosso modo*, pontos relativos à fauna silvestre e sua diferenciação com outros tipos classificatórios.

Tratar-se-á, também, da tutela constitucional desse bem ambiental que, aliás, con-substancia-se no ponto de partida de qualquer raciocínio em se tratando da proteção da fauna, seja ela silvestre (dada a recepç-

ão da Lei n. 5.197/67 - Lei de Proteção à Fauna pela Carta Magna) ou domesticada.

No âmbito da ação civil pública ambiental serão articuladas algumas questões referentes às tutelas de urgência (tutelas antecipada e cautelar), bem como em relação à legitimidade ativa, traçando um breve, porém importante, parâmetro com a real finalidade dimanada da Lei da Ação Civil Pública (v. Lei n. 7.347/85).

Nesse mesmo contexto será analisada a possível legitimidade ativa para propositura do instituto constitucional (ação civil pública ambiental) das ONGs em defesa do meio ambiente, além de uma análise perfunctória das OSCIPs.

2. A fauna silvestre

O nosso país possui um arsenal riquíssimo de espécies, tanto animal como vegetal, interligadas entre si no meio ambiente. Dentre as espécies animais, podemos destacar a fauna silvestre e sua influência no ambiente em que habita. O sistema classificatório da fauna e suas variações comportam animais dotados de peculiaridades próprias e suas respectivas interações com o ambiente, seja ele terrestre, aquático ou aéreo.

De acordo com o insigne Prof. Paulo Afonso Leme Machado: “Na realidade, todos ecossistemas estão interconectados e inter-relacionam-se, formando a biosfera.

* Advogado. Consultor na área de Direito Ambiental. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Extensão Universitária – CEU, de São Paulo/SP.

Dedico o presente estudo ao advogado e amigo Dr. Fabiano Miguel Hueb pelo apoio irrestrito, e ao incansável estudioso da teoria do processo, advogado e amigo Dr. Sérgio Henrique Tiveron Juliano, cujas sugestões foram valiosas ao enriquecimento do conteúdo do presente trabalho. Muito obrigado a todos! Na realidade, trata-se de tese apresentada e aprovada por unanimidade no 8º Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizado na cidade de São Paulo, 2004, sob a responsabilidade do Instituto “O Direito Por Um Planeta Verde”. Foram empreendidas algumas alterações, sem, contudo, comprometer o conteúdo do trabalho.

Esta é, portanto, constituída por inúmeros mosaicos - biosistemas - que se interagem”.²

A fauna, sem prejuízo de outras classificações, pode ser classificada em silvestre e doméstica. Quanto à diferenciação da fauna silvestre da domesticada, peculiar posicionamento espousa o precitado jurista: “Vale acentuar que fauna silvestre não quer dizer exclusivamente a fauna encontrada na selva. A indicação legal para diferenciar a fauna doméstica da não domesticada é a vida natural em liberdade ou ‘fora do cativeiro’. Além disso, mesmo que numa espécie haja indivíduos domesticados, nem por isso os outros dessa espécie, que não sejam, perderão o caráter de silvestre”.³

Em relação ao referido sistema classificatório, o mestre José Afonso da Silva traz o seguinte: “Em sentido lato a palavra ‘fauna’ refere-se ao conjunto de todos os animais de uma região ou de um período geológico, abrangendo aí a *fauna aquática*, a *fauna das árvores e do solo* (insetos e microorganismos) e a *fauna silvestre* (animais de pêlo e de pena). A legislação distingue entre *fauna silvestre brasileira*, *fauna silvestre exótica* e *fauna doméstica*, incluindo as aquáticas e as terrestres”.⁴ De acordo com o insigne jurista: “A *fauna silvestre brasileira* compreende todos os animais pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras”.⁵

E, ainda: “A *fauna silvestre exótica* inclui todos os animais pertencentes às espécies

ou subespécies cuja distribuição geográfica não inclui o território brasileiro e as espécies ou subespécies introduzidas pelo Homem, inclusive domésticas em estado asselvajado ou alçado; igualmente são consideradas exóticas as espécies ou subespécies que tenham sido introduzidas fora das fronteiras brasileiras e suas águas jurisdicionais e que tenham entrado no território brasileiro”.⁶

Continua: “A *fauna doméstica* constitui-se de todos os animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico tornaram-se domésticos, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do Homem, podendo apresentar caráter variável, diferente da espécie silvestre que os originou”.⁷

E arremata com peculiar posicionamento: “Vê-se daí que a fauna doméstica não se inclui na fauna silvestre; igualmente não se incluem nela os animais de cativeiro, criatórios e de zoológicos particulares, devidamente legalizados”.⁸ O ilustre Prof. Édis Milaré pontifica: “Entre as muitas subdivisões da fauna, encontramos as seguintes especificações: *terrestre*, que habita as superfícies sólidas do Planeta, incluindo a *fauna silvestre* e a fauna alada, ou *avifauna*, que se desloca pelo espaço atmosférico; *aquática* a população animal cuja *habitat* é o meio líquido (oceânico, fluvial e lacustre), em cuja abrangência encontram-se os peixes, que constituem a *ictiofauna*. Há outras comunidades faunísticas, como a *fauna abissal*, característica das grandes profundezas, os *zooplânctons*, as *comunidades bentônicas* e outros muitos grupos”.⁹ O presente trabalho tratará da

² *Direito ambiental brasileiro*, p. 728.

³ *Op. cit.*, p. 729.

⁴ *Direito ambiental constitucional*, p. 193.

⁵ *Op. cit.*, p. 193.

⁶ *Op. cit.*, mesma página.

⁷ *Op. cit.*, p. 193-194.

⁸ *Op. cit.*, p. 194.

⁹ *Direito do ambiente*, p. 203.

importância da fauna silvestre e da efetiva aplicação da ação civil pública ambiental como importante instituto constitucional de tutela jurídica desse bem ambiental, eis que se trata de espécie animal cuja ameaça incide de maneira mais incisiva e preocupante do que as demais espécies.

3. A tutela constitucional da fauna silvestre - análise perfunctória

A Constituição Federal de 1988, na verdade, reorientou a matéria relativa à proteção da fauna no Brasil, esse o posicionamento do Prof. José Afonso da Silva,¹⁰ com o qual perfilhamos. Em relação à competência para legislar sobre a fauna, tem-se que a mesma é exclusiva da União, porém, concorrente com os Estados e o Distrito Federal, *ex vi* do art. 24, VI, da Carta Magna.

Disso, pode-se constatar que a competência para preservação da fauna é comum entre a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, *argumentum ex* art. 23, VII, do texto constitucional. Dimana do art. 225, § 1º, VII, da CF/88,¹¹ preceito diretamente relacionado à proteção da fauna.

¹⁰ *Direito ambiental constitucional*, p. 192.

¹¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: *(omissis)* VII - proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

4. A ação civil pública ambiental como instituto constitucional apto a tutelar juridicamente a fauna silvestre

A ação civil pública ambiental consubstancia-se em um dos mais eficazes institutos de repressão às práticas predatórias ao ambiente e, em específico e consentâneo ao desenvolvimento do presente estudo, à fauna silvestre, bem ambiental de suma importância e de impacto determinante e peculiar dentro de nosso ecossistema.

Quanto ao arcabouço legislativo ambiental, importante mencionarmos lição da insigne Profa. Ada Pellegrini Grinover citando o ilustre Prof. Antonio Fernando Pinheiro Pedro: “A oportunidade para novos trabalhos legislativos surgiu com a apresentação da versão preliminar do Anteprojeto de lei de consolidação das leis federais do meio ambiente, publicado pela Portaria 18, de 14.2.92, no DOU de 17 de fevereiro (Suplemento ao n. 33). A partir daí, a Subcomissão do Meio-Ambiente da OAB/SP, presidida por Antonio Fernando Pinheiro Pedro, constituiu uma Comissão de Juristas para análise do Anteprojeto, que tenho a honra de integrar.

Verificou-se, então, de pronto a necessidade de transcender o âmbito de uma consolidação, para incluir no Substantivo que a Comissão de Juristas está preparando normas específicas sobre responsabilidade civil (seguindo os critérios da responsabilidade objetiva, com a previsão de causas de exclusão); sobre responsabilidade penal (redesenhando tipos e sanções, privilegiando penas não privativas da liberdade, cuidando da responsabilidade penal da empresa em consonância com a Constituição Federal); e, finalmente, cuidando especificamente das disposições processuais, tanto no campo civil (pela determinação expressa da aplicabilidade dos esquemas da

LACP e do CDC e pela complementação de suas normas) como no campo penal”.¹²

Antes de adentrarmos aos aspectos processuais ínsitos à ação civil pública ambiental, faz-se necessário um breve, porém, relevante raciocínio em torno do “processo constitucional”. Eis o perfeito entendimento do ilustre Prof. Rosemiro Pereira Leal: “Assim, o *processo* como instituição constitucionalizadora e constitucionalizada de direitos também se oferece, no Estado de direito democrático, por garantia teórica de seus conteúdos paradigmáticos, ao debate total de fiscalidade de incidência, preservação e aperfeiçoamento de seus próprios princípios, com os quais é promovida a estabilidade legitimadora da atuação provimental em todos os níveis da judicacionabilidade. De conseguinte, não é qualquer teoria procedimental que se compatibiliza com a teoria do direito democrático, mas aquela processualmente institucionalizada como referente lógico-jurídico-constitucional (*devido processo constitucional*) equivalente a uma teoria argumentativa que seja, mediante a instauração judicial de procedimentos (devido processo legal), *auto-includente* de todos os destinatários da normatividade no âmbito de pleno exercício e confirmação dos direitos fundamentais como agentes de sua própria *integração social*”.¹³

Nesse passo, a efetiva tutela jurídica da fauna silvestre, por meio da ação civil pública ambiental, somente será possível se compatível com o “devido processo constitucional” e seus corolários, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa.

Entendemos que, *verbi gratia*, existindo um perigo de dano abstrato ou um perigo de dano concreto à fauna silvestre (destruição de seus *habitats*), os legitimados (v.g., Ministério Público, associações civis dentre outros) poderão lançar mão do instituto constitucional (ação civil pública), pelos procedimentos legais adequados (devido processo legal), sempre regidos pelo devido processo constitucional (*ex vi* do art. 5º, LV, da CF/88), a fim de pretendem impor um “*facere*” ou um “*non facere*” ao infrator, cominando, inclusive, medidas coercitivas (multas, v.g.).

Com relação à constitucionalização do processo, aduz a Profa. Terezinha Ribeiro Chaves: “Não é procedimento em si, enquanto atividade recursivamente fechada, que legitima o provimento. Sua racionalidade está na Constituição, entendida como norma fundamental positivada pela vontade livre daqueles que a ela se submetem. Portanto, somente decisões fundamentadas na operacionalização do modelo instituído constitucionalmente, por isso construídas efetivamente com a participação dos interessados, podem ser consideradas em harmonia com o paradigma de Estado de Direito Democrático”.¹⁴

Se a situação caracterizar-se emergencial, cujo desgaste temporal tornará irreparável determinado dano ambiental, então, pode-se fazer uso no âmbito da ação civil pública ambiental, de medidas liminares carregadas de satisfatividade ou de cautelaridade dotadas de requisitos específicos (tutela antecipada: verossimilitude; tutela cautelar: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*) - características diversas emanadas das “tutelas de urgência” -, para se abreviar o lapso

¹² Ações ambientais de hoje e de amanhã. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*, p. 252.

¹³ *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 172.

¹⁴ A insuficiência discursiva da *autopoiesis* na fundamentação dos provimentos. (Coord.) LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo*, p. 126.

temporal, tendo em vista a possibilidade de perda do bem ambiental atingido (por exemplo, a prática de caça desregulada ou descontrolada). Nesse caso, perfeitamente plausível a aplicação subsidiária das regras contidas no CPC e no CDC, *ex vi* dos arts. 19 e 21, da LACP.

Eis o posicionamento do ilustre Prof. Paulo Affonso Leme Machado: “Comungamos desse respeito às diferentes formas de vida e sentimos que a caça incontrolada tem causado a extinção de espécimes e ameaça a fauna silvestre não só no Brasil como de grande parte de países. Contudo, é de se ressaltar que o consumo de determinados animais está inserido na cadeia alimentar, de que o homem faz parte. Na realidade, o consumo permissível encontra-se na fauna domesticada, mas é necessário situar-se a caça, em suas diferentes modalidades, para se saber o que permitir e o que proibir”.¹⁵

Já manifestamos em outra oportunidade: “A tutela de urgência ‘antecipada’ (seja ela específica ou a do art. 273, do CPC) implica em satisfação do próprio direito material (v.g., um *facere* ou *non facere* à garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado - bem indisponível pertencente à sociedade - interesse ou direito difuso por excelência - *argumentum ex arts.* 11 e 12, da Lei de Ação Civil Pública ‘LACP’ n. 7.347/85, onde nesse último está prescrito ‘mandado liminar’), enquanto a tutela de urgência ‘cautelar’ tão-somente resguarda a viabilização de tal direito instrumentalizado num processo dito principal, seja ele cognitivo ou executivo (v.g., uma produção antecipada de prova - *ex vi* do art. 4º, do mesmo texto legal)”.¹⁶ Imprescindível, também, para a efetiva proteção da fauna

silvestre, proporcionar um efetivo aparelhamento dos órgãos responsáveis pela defesa do meio ambiente,¹⁷ seja por meio de melhorias na estrutura física, no aperfeiçoamento ou alocação de recursos humanos e financeiros, ao passo que, sem tal estruturação geral, cada vez mais, inviável tornar-se-á a tutela jurídica do ambiente.

5. A questão da legitimidade ativa na ação civil pública ambiental como forma de organização da sociedade civil - “Retomada de parâmetros”

Impende, *ab initio*, esboçarmos a principal finalidade da Lei de Ação Civil Pública (v. Lei n. 7.347/85). A maioria dos doutrinadores converge seus entendimentos quanto à finalidade da precitada lei. Entendem que tal legislação foi criada para possibilitar melhor organização da sociedade civil. Na verdade, se pensarmos e raciocinarmos em relação à efetiva tutela jurídica do meio ambiente, podemos chegar à nítida conclusão de que o principal legitimado (ou deveria ser) a empreender a defesa do ambiente é a sociedade civil organizada em grupos ou associações.

Eis o entendimento do ilustre Prof. Pedro Lenza: “Analisados os legitimados ativos para a propositura das ações coletivas e a natureza jurídica desta legitimação, resta verificar o impacto prático, no sentido de se saber, se, de fato, os novos legitimados, especialmente as associações civis vêm cumprindo o papel que lhes é esperado”.¹⁸

¹⁵ *Direito ambiental brasileiro*, p. 736.

¹⁶ As tutelas de urgência no âmbito da ação civil pública ambiental. Tutelas antecipada e cautelar. *Direito Ambiental: Enfoques Variados*, p. 300.

¹⁷ SILVA, Bruno Campos. A aplicação do princípio da fungibilidade de pedidos (*ex vi* do art. 273, § 7º, do CPC) no âmbito da ação civil pública ambiental. *Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. Direito, Água e Vida, Livro de Teses, p. 74.

¹⁸ *Teoria geral da ação civil pública*, p. 187.

E, ainda: “Como visto, a realidade coletiva, conjugada com a completa *inadequação* tanto dos *esquemas clássicos da legitimação*, como das *poucas alternativas para a proteção dos bens transindividuais*, motivaram a elaboração de novos modelos legislativos, adequando-os à proteção dos bens coletivos, destacando-se a ampliação da legitimação para agir ao Ministério Público (alargando o objeto das hipóteses já estabelecidas), às associações que cumprissem o requisito da representatividade adequada e demais prescrições legais e às pessoas jurídicas de direito público e suas emanções”.¹⁹ Nesse passo, pode-se depreender que deixou de ocorrer a implementação da democracia participativa, cujos objetivos norteadores encontram-se insertos no texto constitucional, s.m.j. Pontificou o Prof. Pedro Lenza: “Observa-se, também, na prática, o hábito indesejável de diversos legitimados limitarem-se a apresentar denúncias perante o Ministério Público, deixando de cumprir a vontade do legislador que, por meio da abertura dos esquemas clássicos de legitimação, buscou cumprir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88), implementando a democracia participativa (*participação popular na administração da Justiça*) e o escopo político do processo”.²⁰

O referido jurista enumera como causas de concentração da propositura das ações civis públicas no Ministério Público, as seguintes: a) histórica; b) político-histórica; c) sociológica; d) econômica; e) institucional; e f) legislativa.²¹

Colacionando com acerto entendimento do Prof. Antonio Gidi, o mencionado jurista

aduz o seguinte: “o titular primeiro da lide coletiva é a própria comunidade ou coletividade titular do direito material. É por esse motivo que os grupos organizados são o principal ente legitimado à propositura da ação coletiva. A legitimidade dos órgãos do Poder Público é meramente subsidiária e, se por um lado é essencial até que a sociedade brasileira se organize plenamente, por outro lado, é uma técnica destinada a retroceder o seu crescimento a partir do momento em que a sociedade organizada assumira a plenitude da sua tarefa de auto-proteção e autoconservação”.²²

A retomada de parâmetros é no sentido de que é necessária uma efetiva mobilização da sociedade civil para as variadas problemáticas ambientais. Na realidade, pautados no claro raciocínio articulado pelo ilustre Prof. Kazuo Watanabe, podemos afirmar que a LACP (Lei de Ação Civil Pública n. 7.347/85) nasceu para trazer organização à sociedade civil, entretanto, o que se nota é um verdadeiro agigantamento do *Parquet*, ou melhor, criou-se/possibilitou-se uma verdadeira “superlegitimidade”, causando o “atrofiamento da legitimidade ativa” dos demais legitimados que, por várias razões deixaram de exercer sua cidadania, deslocando a resolução das questões ambientais aos órgãos do Ministério Público responsáveis pela tutela jurídica do ambiente.

Em outro momento colacionamos o seguinte posicionamento do mestre Kazuo Watanabe, qual seja: “(...) A Lei de Ação Civil Pública (n. 7.347/85), que disciplinou melhor a ação coletiva, preocupou-se bastante com a legitimação da *sociedade civil*, e sob essa ótica o processo civil de interesse público é fundamentalmente um instrumento de participação política da so-

¹⁹ *Op. cit.*, mesma página.

²⁰ *Op. cit.*, p. 190.

²¹ *Op. cit.*, p. 190-191.

²² *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas* apud LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, p. 191.

cidade na gestão das coisas públicas. Esse é o aspecto que temos procurado sublinhar com maior ênfase em nossos pronunciamentos, porque às vezes o agigantamento do Ministério Público, nesta área, faz com que não haja a atuação política da sociedade civil e não se alcance, assim, um dos objetivos maiores da lei, que foi, como já ficou anotado, o de *melhor organizar a sociedade civil*, fazendo com que ela própria, por meio desse instrumento processual, também tivesse intensa atuação na tutela jurisdicional do interesse coletivo”.²³

É hora de emprendermos uma retomada de parâmetros e de resgatarmos a finalidade precípua de tão importante instituto constitucional (ação civil pública ambiental). A sociedade civil precisa se mobilizar, partindo para uma organização coesa e coerente que atenda ao real desiderato da LACP e, sobretudo, aos preceitos constitucionais. Para tal finalidade, faz-se necessária uma participação solidária, ou seja, um verdadeiro comprometimento das funções do Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) com a sociedade, a fim de se evitar o perecimento de nossos recursos ambientais, garantindo, com isso, o não-esgotamento dos bens ambientais (v.g., fauna silvestre) que compõem o acervo do patrimônio global (planetário). Outro aspecto que merece destaque é o fato de que muitas associações deixam de exercer a propositura da ação civil pública, vez que desprovidas de recursos humanos e financeiros (por exemplo, faltam recursos financeiros para contratar advogados ambientalistas). Ainda, com relação a esse raciocínio, estuda-se a possibilidade de uma assistência judiciária aos entes legitimados. *De*

lege ferenda, propõe-se a integração entre vários entes legitimados da sociedade civil fulcrada na comunhão solidária, a fim de possibilitar um adequado aparelhamento em prol de uma efetiva proteção ambiental e, *in casu*, da fauna silvestre, como dito alhures.

6. As ONGs em defesa do meio ambiente e as OSCIPs

Hoje, para uma efetiva proteção ambiental, importante a inserção do Terceiro Setor, *in casu*, das ONGs (Organizações Não-Governamentais), caracterizando, com isso, verdadeiro exercício da cidadania ambiental. Endossa tal posicionamento a ilustre Profa. Maria Collares F. da Conceição, aduzindo o seguinte: “Por isto surge a importância do Terceiro Setor, através de entidades não-governamentais (ONGs), para atuarem na defesa de interesses transindividuais, direcionados principalmente ao meio ambiente e ao consumidor, os chamados direitos emergentes ou de terceira geração”.²⁴

Em relação à possível legitimidade ativa das ONGs, aduz a precitada jurista: “Há uma tendência para reconhecer legitimação para agir a grupos sociais de fato, não personificados, considerando que o interesse tutelado é difuso, como se mostra difusa a legitimação dos grupos sociais de fato, embora seja matéria polêmica. O interesse manifestado por esses grupos está esparsa pela comunidade, sujeitos a uma rápida transformação, porque estão embasados em situações de fato, mutáveis no tempo e no espaço, por vezes exigindo ação imediata

²³ Processo civil e interesse público - Introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público* apud SILVA, Bruno Campos (Org.). *Direito Ambiental: Enfoques Variados*, p. 317.

²⁴ O papel das ONGs na defesa do meio ambiente - o exercício da cidadania. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Direito ambiental em evolução*, p. 238.

que não pode aguardar a regularização do grupo”.²⁵

Entendemos que as ONGs possuem totais condições para defender o meio ambiente, eis que dentro de uma certa estruturação adequada, alocação de recursos humano e financeiro, passam a ser consideradas verdadeiras expressividades da sociedade civil organizada, no exercício da cidadania.

De acordo com a mencionada jurista: “A nova Lei 9.790, de 23.03.1999, dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), institui e disciplina o Termo de Parceria, e foi regulamentada pelo Decreto 3.100, de 30.06.1999, procurando desburocratizar o registro e, portanto, a existência legal das organizações sociais. Reuniu as exigências das demais disposições legais sobre a matéria, repetindo, quase na íntegra, os artigos específicos das normas. Mas a burocracia ainda é grande, são variadas e diversas as exigências de cada cartório em relação aos documentos a serem encaminhados para registro das OSCIPs no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas”.²⁶

E mais: “Mas a real novidade está na criação um novo instrumento jurídico: o Termo de Parceria. Para ter acesso à aceitação de parceria, a entidade precisa ser qualificada como OSCIP. O benefício tem como contrapartida o controle e a fiscalização dos resultados obtidos com o uso dos recursos estatais, ficando as organizações sujeitas ao controle social previsto na legislação, submetendo-se a prestações de contas conforme determina o art. 70 e parágrafo único do Constituição Federal”.²⁷

Arremata com o seguinte posicionamento: “O primeiro passo para a formação de uma OSCIP é providenciar a reunião de pessoas interessadas na defesa de um objetivo comum, colocando seus serviços e conhecimentos em defesa de um mesmo ideal, cientes da impossibilidade de cada um para desenvolver todas as atividades para a consecução do objetivo a que se propõem”.²⁸ A legitimidade das Organizações Não-Governamentais para ajuizamento da ACP tem restrita jurisprudência, o que se justifica pela falta de iniciativa, destas entidades, por ignorância, por desconhecimento da lei e, por vezes, por receio de retaliações, muito comuns entre as pequenas e humildes ONGs, não habituadas com as atividades jurisdicionais. Além disto, há dificuldade em constituir advogado, em virtude das despesas com honorários ou administrativas. Ainda não é comum a atuação da defensoria pública na representação das ONGs. Todo este procedimento finda por convergir para o Ministério Público, que fica asoberbado com tal demanda.²⁹

Entendemos ser viável a utilização da assistência judiciária no âmbito das ONGs, e mais, *de lege ferenda*, como mencionado anteriormente, propugnamos pela interação e integração entre várias entidades ou organizações (*verbi gratia*, para contratação de advogados ambientalistas), com o intuito de quebrar as barreiras impostas ao exercício da cidadania ambiental. A verdade é que a não-inclusão das ONGs no rol dos legitimados à propositura da ação civil pública ambiental caracteriza um arraigado “elitismo jurídico-antidemocrático” (não por ausência de previsão legal, mas pelas razões já delineadas), vez que, conforme texto constitucional, todos deveriam participar efetivamente da tutela jurídica do

²⁵ *Op. cit.*, p. 239-240.

²⁶ *Op. cit.*, p. 240.

²⁷ *Op. cit.*, p. 241.

²⁸ *Op. cit.*, mesma página.

²⁹ *Op. cit.*, p. 243.

meio ambiente. E mais, num Estado Democrático de Direito não há que se falar em exclusão, e sim, inclusão de todos.

7. Conclusões articuladas

7.1. O instituto constitucional (ação civil pública ambiental) possibilita uma “efetiva” tutela jurídica do bem ambiental ‘fauna silvestre’, desde que utilizado de forma adequada e em consonância ao devido processo constitucional.

7.2. O Brasil possui um arsenal riquíssimo de espécies, tanto animal como vegetal, interligadas entre si no meio ambiente, dentre as espécies animais, podemos destacar a fauna silvestre e sua influência no ambiente em que habita.

7.3. O sistema classificatório da fauna e suas variações comportam animais dotados de peculiaridades próprias e suas respectivas interações com o ambiente, seja ele terrestre, aquático ou aéreo.

7.4. A tutela constitucional da fauna silvestre, consubstancia-se no ponto de partida de qualquer raciocínio em se tratando da proteção da fauna, seja ela silvestre (dada a recepção da Lei n. 5.197/67 - Lei de Proteção à Fauna pela Carta Magna) ou domesticada.

7.5. Em relação à competência para legislar sobre a fauna, tem-se que a mesma é exclusiva da União, porém, concorrente com os Estados e o Distrito Federal, *ex vi* do art. 24, VI, da Carta Magna. Pode-se constatar, também, que a competência para preservação da fauna é comum entre a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, *argumentum ex art.* 23, VII, do texto constitucional.

7.6. Dimana do art. 225, § 1º, VII, da CF/88, preceito diretamente relacionado à proteção da fauna.

7.7. A ação civil pública ambiental consubstancia-se em um dos mais eficazes institutos de repressão às práticas predatórias ao ambiente e, em específico e consentâneo ao desenvolvimento do presente estudo, à fauna silvestre, bem ambiental de suma importância e de impacto determinante e peculiar dentro de nosso ecossistema.

7.8. A efetiva tutela jurídica da fauna silvestre, por meio da ação civil pública ambiental, somente será possível se compatível com o “devido processo constitucional” e seus corolários, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa.

7.9. Entendemos que, *verbi gratia*, existindo um perigo de dano abstrato ou um perigo de dano concreto à fauna silvestre (destruição de seus *habitats*), os legitimados (*v.g.*, Ministério Público, associações civis dentre outros) poderão lançar mão do instituto constitucional (ação civil pública ambiental) pelos procedimentos legais adequados (devido processo legal), sempre regidos pelo devido processo constitucional (CF/88, art. 5º, LV), a fim de pretenderem impor um “*facere*” ou um “*non facere*” ao infrator, cominando, inclusive, medidas coercitivas (*multas, v.g.*).

7.10. Se a situação caracterizar-se emergencial, cujo desgaste temporal tornará irreparável determinado dano ambiental, então, pode-se fazer uso no âmbito da ação civil pública ambiental, de medidas liminares carregadas de satisfatividade ou de cautelaridade dotadas de requisitos específicos (tutela antecipada: verossimilitude; tutela cautelar: *fumus boni iuris e periculum in mora*) - características diversas emanadas

das “tutelas de urgência” -, para se abreviar o lapso temporal, tendo em vista a possibilidade de perda do bem ambiental atingido (por exemplo, a prática de caça desregrada ou descontrolada). Nesse caso, perfeitamente plausível a aplicação subsidiária das regras contidas no CPC e no CDC, *ex vi* dos arts. 19 e 21, da LACP.

7.11. Imprescindível, também, para a efetiva proteção da fauna silvestre, proporcionar um efetivo aparelhamento dos órgãos responsáveis pela defesa do meio ambiente, seja por meio de melhorias na estrutura física, no aperfeiçoamento ou alocação de recursos humanos e financeiros, ao passo que, sem tal estruturação geral, cada vez mais, inviável tornar-se-á a tutela jurídica do ambiente.

7.12. Na verdade, se pensarmos e raciocinarmos em relação à efetiva tutela jurídica do meio ambiente, podemos chegar à nítida conclusão de que o principal legitimado (ou deveria ser) a empreender a defesa do ambiente é a sociedade civil organizada em grupos ou associações.

7.13. Na realidade, pautados no claro raciocínio articulado pelo ilustre Prof. Kazuo Watanabe, podemos afirmar que a LACP (Lei de Ação Civil Pública n. 7.347/85) nasceu para trazer organização à sociedade civil, entretanto, o que se nota é um verdadeiro agigantamento do *Parquet*, ou melhor, criou-se/possibilitou-se uma verdadeira “superlegitimidade”, causando o “atrofiamento da legitimidade ativa” dos demais legitimados que, por várias razões deixaram de exercer sua cidadania, deslocando a resolução das questões ambientais aos órgãos do Ministério Público responsáveis pela tutela jurídica do ambiente.

7.14. É hora de empreendermos uma retomada de parâmetros e de resgatarmos a fi-

nalidade precípua de tão importante instituto constitucional (ação civil pública ambiental).

7.15. A sociedade civil precisa se mobilizar, partindo para uma organização coesa e coerente que atenda ao real desiderato da LACP e, sobretudo, aos preceitos constitucionais.

7.16. Para tal finalidade, faz-se necessária uma participação solidária, ou seja, um verdadeiro comprometimento das funções do Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) com a sociedade, a fim de se evitar o perecimento de nossos recursos ambientais, garantindo, com isso, o não-esgotamento dos bens ambientais (v.g., fauna silvestre) que compõem o acervo do patrimônio global (planetário).

7.17. Outro aspecto que merece destaque é o fato de que muitas associações deixam de exercer a propositura da ação civil pública, vez que desprovidas de recursos humanos e financeiros (por exemplo, faltam recursos financeiros para contratar advogados ambientalistas). Ainda, com relação a esse raciocínio, estuda-se a possibilidade de uma assistência judiciária aos entes legitimados.

7.18. *De lege ferenda*, propõe-se a integração entre vários entes legitimados da sociedade civil fulcrada na comunhão solidária, a fim de possibilitar um adequado aparelhamento em prol de uma efetiva proteção ambiental e, *in casu*, da fauna silvestre, como dito alhures.

7.19. Hoje, para uma efetiva proteção ambiental, importante a inserção do Terceiro Setor, *in casu*, das ONGs (Organizações Não-Governamentais), caracterizando, com isso, verdadeiro exercício da cidadania ambiental.

7.20. As ONGs possuem totais condições para defender o ambiente, eis que dentro de uma certa estruturação adequada, alocação de recursos humano e financeiro, passam a ser consideradas verdadeiras expressividades da sociedade civil organizada, no exercício da cidadania.

7.21. Consubstancia-se viável a utilização da assistência judiciária no âmbito das ONGs, e mais, *de lege ferenda*, como mencionado anteriormente, propugnamos pela interação e integração entre várias entidades ou organizações (*verbi gratia*, para contratação de advogados ambientalistas), com o intuito de quebrar as barreiras impostas ao exercício da cidadania ambiental.

7.22. A verdade é que a não-inclusão das ONGs no rol dos legitimados à propositura da ação civil pública ambiental caracteriza um arraigado “elitismo jurídico-antidemocrático” (não por ausência de previsão legal, mas pelas razões já delineadas), vez que, conforme texto constitucional, todos deveriam participar efetivamente da tutela jurídica do meio ambiente. E mais, num Estado Democrático de Direito não há que se falar em exclusão, e sim, inclusão de todos.

8. Referência bibliográfica

CHAVES, Terezinha Ribeiro. A insuficiência discursiva da *autopoiesis* na fundamentação dos provimentos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2003, vol. III.

CONCEIÇÃO, Maria Collares F. da. O papel das ONGs na defesa do meio ambiente - o exercício da cidadania. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Direito*

ambiental em evolução. Curitiba: Juruá, 2002, v. 3.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações ambientais de hoje e de amanhã. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Bruno Campos (Org.). As tutelas de urgência no âmbito da ação civil pública ambiental. Tutelas antecipada e cautelar. *Direito ambiental: enfoques variados*. Franca: Lemos & Cruz, 2004.

_____. A aplicação do princípio da fungibilidade de pedidos (*ex vi* do art. 273, § 7º, do CPC) no âmbito da ação civil pública ambiental. *Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. Direito, Água e Vida.

BENJAMIN, Antonio Herman V. (Org.), 2003, Livro de Teses, p. 71-82.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WATANABE, Kazuo. Processo civil e interesse público - Introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.\\